Die Ansprüche des Geschäftsführers ohne Auftrag gegen den Geschäftsherrn.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der

Juristenfakultät zu Rostock

vorgelegt von

Otto Schütt,

z. Zt. Referendar in Gettorf.

Kiel 1910.

Druck von H. Fiencke.

Die Ansprüche des Geschäftsführers ohne Auftrag gegen den Geschäftsherrn.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der

Juristenfakultät zu Rostock

ACAD. LUGD. BAT. BIBL.

vorgelegt von

Otto Schütt,

z. Zt. Referendar in Gettorf.

Kiel 1910.

Druck von H. Fiencke.

Referent: Prof. Dr. **Matthiaß.**

Meiner lieben Mutter

in Dankbarkeit gewidmet.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41551502_0063

Literatur-Verzeichnis.

1. Aarons, Beiträge zur Lehre von der negotiorum gestio, 1860.
2. Brinz, Lehrbuch der Pandekten, Bd. II, 2. Aufl. 1882.
3. Brückmann, Die Rechte des Geschäftsführers ohne Auftrag, zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Begriff der auftraglosen Geschäftsbesorgung, 1903.
4) Bunsen, Einführung in das Bürgerl. Gesetzbuch, 1897.
5. Busch, in Elvers Themis Bd. II, 1830, Über das Recht der Zurückforderung gegebener Alimente.
6. Chambon, Die negotiorum gestio, 1848.
7. Cosack, Lehrbueh des deutschen bürgerl. Rechts Bd. I 1900, Bd. II 1901.
8. Crome, System des deutsch. bürgerl. Rechts Bd. II 1902.
9. Dankwardt, Die negotiorum gestio, 1855.
10. Dernburg, Pandekten, 3. Aufl. Bd. I, Bd. II 1892.
11. Dernburg, in den Festgaben für A. W. Heffter.
12. Dernburg, Das Bürgerliche Recht, Bd. II 1899.
13. Eisele, Die Haftung des Mandanten für Schaden des Mandatars, Archiv f. zivil. Praxis Bd. 84.
14. Endemann, Lehrb. des bürgerl. Rechts, Bd. I 1898 und Bd. I 1903 (9. Aufl.)
15. Enneccerus (-Lehmann), Das bürgerl. Recht, 1898.
16. Ernst, im Arch. für ziv. Pr. Bd. 96: Das Interesse und der Wille des Geschäftsherrn im § 683 BGB.
17. Fischer-Henle, BGB., Handausgabe, 1906.
18. Förster-Eccius, Pr. Privatrecht, Bd. II, 1892.
19. Glück, Erläuterungen der Pandekten Bd. 5; Bd. 28.
20. Hachenburg, Dienstvertrag und Werkvertrag im BGB; in den Annalen der Großherzoglich Badischen Gerichte, 1898.

21) Hamm, Operative Eingriffe der Ärzte in D. J. Z. 07.
22. Hanau, Die Voraussetzungen, unter welchen nach gemeinem Recht der Mandant für den Schaden haftet; Berlin 1894.
23. Hellmann, in Krit. Vierteljahresschrift Bd. 41.
24. Hellwig, Verträge auf Leistung an Dritte, 1899.
25. Hölder, Göttinger Gelehrten Anzeigen 1880, B. II.
26. Jaeger, Komm. zur Konkursordnung, 1899.
27. Ihering, Abhandlungen aus dem röm. Recht, Bd. I, 1844.
28. Ihering, Jahrb. f. Dogmatik, Bd. 4.
29. Josef, Gruchot's Beiträge Bd. 42.
30. Isay, Die Geschäftsführung nach dem BGB; in den Abhandlungen zum Privatrecht und Civilprozeß für das Deutsche Reich Bd. 6, 1900.
31. Kekule, Schadensersatzpflicht des Mandanten, Berlin 1894.
32. Klawki, Der Ersatzanspruch aus der auftraglosen Führung fremder Geschäfte, Erlangen 1898.
33. Kleinberger, Bayr. Rechtspfl. Z. 1907.
34. Köllner, Die Grundzüge der Obligatio Negotionum Gestorum, 1856.
35. Koch, Komm. zum Allg. Landrecht, Bd. II, 1886.
36. Kohler, Die Menschenhülfe im Privatrecht, in Ihering's Jahrbüchern Bd. 25.
37. Kritz, Pandektenrecht, Bd. I, 1835.
38. Krüger, Arch. f. ziv. Praxis, Bd. 62.
39. Krumm, Verhältnis des § 685 Abs. 1 BGB zu dem bisherigen gemeinrechtlichen Rechtszustand.
40. Lasker, Die Geschäftsführung ohne Auftrag nach dem BGB, Erlangen 1901.
41. Leist, Das erlaubte ungerufene Eingreifen in fremde Vermögensangelegenheiten, 1855.
42. Lenel, Jahrb. f. Dogmatik, Bd. 44, 1902.
43. Leonhard, Ztschr. f. das gesamte Handelsrecht, Bd. 25.
44. Lotmar, Arbeitsvertrag.
45. Manigk, Willenserklärung und Willensgeschäft, 1907.
46. Mantey, Gruchot's Beiträge, Bd. 42.
47. Maschke, Arch. f. ziv. Praxis, Bd. 85.
48. Matthiaß, Lehrb. des bürgerl. Rechts, Bd. I, 1900.

49. v. Meyerfeldt, Die Lehre von den Schenkungen, Bd. I, 1835 (Marburg).
50. Mugdan, Die gesamten Materialien zum BGB, Bd. II, 1899.
51. Mühlenbruch, Lehrb. des Pandektenrechts, Bd. II.
52. v. Monroy, Die vollmachtlose Ausübung fremder Vermögensrechte, 1878.
53. Müller, Ansprüche des unbeauftragten Geschäftsführers gegen den Geschäftsherrn aus der Geschäftsführung, Greifswald 1904.
54. Münchhausen, Die Geschäftsführung ohne Auftrag nach dem BGB, Leipzig 1904.
55. Neumann, Handausgabe des BGB, 3. Aufl. 1903.
56. Neumann, Jahrb. des deutsch. Rechts, 1907, 1908, 1909.
57. Oertmannn, Komm. zum BGB, Bd. II, 1906.
58. Pfordten, Das neue deutsche Civilrecht, Allg. Teil.
59. Planck, Komm. zum BGB, Bd. II, 1907.
60. Richter, Die Rechte des Geschäftsführers ohne Auftrag gegen den Geschäftsherrn, Rostock 1901.
61. Riezler, Der Werkvertrag, 1900.
62. Ruhstrat, Arch. f. ziv. Praxis, Bd. 64.
63. Ruhstrat, Jahrb. für Dogmatik, Bd. 27.
64. Ruhstrat, Arch. f. ziv. Praxis, Bd. 33 und
65. Ruhstrat, Arch. f. ziv. Pr. Bd. 32, Beiträge zur Lehre von der negotiorum gestio.
66. Schäffer, Ztschr. f. Zivilrecht und Prozeß, N. F. 7.
67. Schollmeyer, Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse, 2. Aufl. 1904.
68. Schulz, Die Rechte des Geschäftsführers ohne Auftrag gegen den Geschäftsherrn, Rostock 1900.
69. Seuffert, Die Lehre von der Ratihabition der Rechtsgeschäfte, 1868.
70. Siméon, Recht und Rechtsgang im Deutschen Reiche, 1901.
71. Sintenis, Das praktische gemeine Zivilrecht, Bd. II, 1861.
72. Spalding, Der Begriff des negotium utiliter gestum, Greifswald 1895.
73. Staub, Komm. zum HGB, Bd. II, 1907.
74. Staudinger (-Engelmann), Komm. zum BGB, Bd. II, 3/4. Aufl. 1908.

75. Stelzner, Die Ansprüche des Geschäftsführers ohne Auftrag gegen den Geschäftsherrn nach BGB, Straßburg 1901.
76. Streber, Wille und Interesse des Geschäftsherrn bei der Geschäftsführung ohne Auftrag, München 1907.
77. Sturm, Die Lehre von der Geschäftsführung ohne Auftrag nach dem BGB, 1897.
78. Sturm, Das negotium utiliter gestum, 1878.
79. Sturm, Das Grundprinzip der neg. gestio.
80. Thon, Arch. f. ziv. Praxis, Bd. 60.
81. v. Thur, Actio de in rem verso.
82. Unger, Handel auf fremde Gefahr, Ihering's Jahrb. Bd. 33.
83. Unterholzner, Lehre des röm. Rechts von den Schuldverhältnissen, Bd. II, 1840.
85. v. Vangerow, Lehrb. der Pandekten Bd. III, 1876.
85. Wächter, Beiträge zur Lehre von der neg. gestio, Arch. f. ziv. Praxis, Bd. 20.
86. Windscheid-Kipp, Pandekten, Bd. II, 1900.
87. Wlassak, Zur Geschichte der negotiorum gestio, 1879.
88. Wohlers und Krech, Das Reichsgesetz über den Unterstützungswohnsitz, Berlin 1901.
89. Zimmermann, Echte und unechte negotiorum gestio, 1872.

II. Benutzte Entscheidungen und Zeitschriften.

1. RG. Bd. 13; 56; 57; 63.
2. Seuffert's Archiv, Bd. 2; 3; 6; 14; 15; 24; 27; 35; 37; 61; 63.
3. Gruchot's Beiträge, Bd. 42; 52.
4. Jur. Wochenschrift 1906.
5. Just. Minist.-Blatt 1898.
6. Zeitschrift f. Zivilrecht u. Prozeß. N. F. 7.
7. Bad. Rpr., 1908.
8. Pos. M. Schr. 1908.
9. Das Recht, 1908.

Einleitung.

Über die »Geschäftsführung ohne Auftrag« ist in Literatur und Praxis schon viel geschrieben und gestritten worden Doch ist man noch weit davon entfernt, eine Einigung zu erzielen, so z. B. hinsichtlich des Begriffs der »Geschäftsbesorgung«, ferner hinsichtlich des Begriffs des »fremden Geschäfts«, ob das BGB durch seine Fassung »für einen anderen« die Unterscheidung zwischen objektiv und subjektiv fremdem Geschäft abgelehnt hat. Auch ist nicht unbestritten, wie der Interessebegriff des BGB zu verstehen ist und in welchem Stärkeverhältnis Interesse und Wille zu einander stehen u. a. m.

Die vorliegenden Ausführungen sollen und können nur dazu beitragen, die einzelnen Streitpunkte nach Möglichkeit zugunsten der einen oder anderen Ansicht mit zur Erledigung zu bringen.

I. Teil.

§ 1.

Die geschichtliche Grundlage der neg. gestio.

»Si quis negotia alterius, sive quis negotia, quae cuiusque, cum is moritur, fuerint, gesserit, judicium eo nomine dabo:«[1]) so lautet ein prätorisches Edikt, wie es uns von Ulpian überliefert ist. Dieses Edikt des Prätors ist nach der übereinstimmenden Ansicht aller Spezialschriftsteller als die praktische Grundlage der negotiorum gestio anzusehen. Ob es aber auch der historische Ausgangspunkt der Rechtssätze über neg. gestio ist, mit anderen Worten, ob der Prätor dies Institut erst neu geschaffen hat, darüber gehen die Ansichten auseinander. Die Lehre von der Geschäftsführung wurde von den römischen Juristen an die Worte des prätorischen Edikts angeknüpft, wie wir es in den Digesten finden. Dadurch wird allerdings die Annahme nahe gelegt, daß die negotiorum gestio eine Neuschöpfung des Prätors sei.

Aus anderen Quellenstellen[2]) geht jedoch zweifellos hervor, daß die klassischen Juristen wenigstens für ihre Zeit die Klagen aus der negotiorum gestio als dem Zivilrecht angehörend ansehen.

Diesen Widerspruch hat man nun in verschiedener Weise zu lösen versucht.

---

[1]) l. 3 pr. D. de negotiis gestis 3,5.

[2]) Gaius: l. 5 pr. D. de O. et A. 44,7;
Ulpian: l. 1 § 4 D. q. r. a. n. d. 44,5;
Paulus: l. 17 § 3 D. commod. 13,6.

Ruhstrat[1]) stellt eine Vereinigung dieser widersprechenden Tatsachen folgendermaßen her. Er leitet unter Zurückweisung der Ansicht Chambon's,[2]) der ohne jede weitere Begründung die Klagen aus der negotiorum gestio für prätorischen Ursprungs hält, die actio neg. gestorum schon aus dem älteren Zivilrecht ab; und erst von dort sei sie in das prätorische Recht aufgenommen. Er begründet seine Behauptung freilich nur mit den Worten »es wäre auch in der Tat auffallend, wenn die Römer nicht schon in alter Zeit für den Fall einer unbefugten Vermögensverwaltung dem Geschäftsherrn eine Klage auf sein gesamtes Interesse eingeräumt haben sollten«.[3])

Dieser Ansicht Ruhstrat's schließt sich vor allem Köllner[4]) an, auch von Monroy[5]) ist zu den Anhängern derselben zu rechnen.

Während nun die Vertreter dieser Hypothese[6]) die Klagen aus der neg. gestio bereits aus dem jus civile hervorgehen lassen und das Vorkommen unseres Instituts im Edikte durch die vermittelnde Tätigkeit des Prätors erklären, läßt eine andre Gruppe von Schriftstellern die neg. gestio lediglich an dem oben zitierten prätorischen Edikte wenigstens seinen Ausgangspunkt nehmen.

So Chambon,[7]) allerdings wie schon hervorgehoben, ohne jede weitere Begründung. Auch Dankwardt[8]) und Zimmermann[9]) halten die neg. gestio für rein prätorischen Ursprungs.[10])

---

[1]) Ruhstrat, Arch. f. ziv. Pr. Bd. 32, S. 198.

[2]) Chambon, Die negotiorum gestio, S. 1,2.

[3]) Ruhstrat, Arch. f. zw. Pr. Bd. 32, S. 198.

[4]) Köllner, die Grundzüge d. Oblig. n. g. S. 10/11; S. 110/111.

[5]) v. Monroy, Vollmachtlose Ausübung fremder Vermögensrechte, S. 153 ff., insbesondere S. 155.

[6]) cf. auch Glück, Pandekten Bd. V S. 320. Ähnlich Unterholzner, Lehre v. d. Schuldverh. § 623 Note c.

[7]) Chambon, a. a. O. S. 2—4.

[8]) Dankwardt, Negotiorum Gestio S. 7 ff.

[9]) Zimmermann, Echte und unechte neg. gest. S. 10 u. 12; insbesondere S. 11 und Anm. 13.

[10]) cf. auch Kritz, Pandektenrecht S. 355, 361.

Vor allem aber ist es in neuerer Zeit Wlassak[1]) gelungen, dieses unaufgeklärte umstrittene Problem bis zum Grade der Wahrscheinlichkeit zu lösen.[2])

Wlassak[3]) begründet seine Ansicht damit, daß »der Prätor niemals es unternommen hat, neben bereits anerkannten Civilklagen in einem Edikte noch besondere prätorische, lediglich auf seiner Jurisdiktionsgewalt beruhende Rechtsmittel einzuführen, welchen derselbe Gedanke zugrunde lag, die denselben Effekt hervorbringen sollten, wie die schon vorhandenen actiones civiles«; zweitens damit, »daß es niemals Edikte gegeben hat, in denen der Prätor als ausführendes Organ des jus civile erklärte, er werde unter den vom Zivilrecht festgestellten Voraussetzungen die zuständige actio civilis geben«.

Auch uns erscheinen die Wlassak'schen Beweisführungen so überzeugend, daß wir uns seiner Ansicht voll und ganz anschließen können, die er dahin zusammenfaßt:[4])

»Die neg. gestio ist rein prätorischen Ursprungs, im Laufe der Zeit jedoch ein Bestandteil des Zivilrechts geworden, sodaß an die Stelle der anfänglich in factum in einer späteren Periode in jus konzipierte, mit dem Beisatze ex bona fide versehene Klagen getreten sind«.[5])

[1]) Wlassak, Zur Geschichte der neg. gestio.

[2]) cf. Rud. Leonhard, Ztschr. für das gesamte Handelsrecht, Bd. 25 S. 431—433.

[3]) Wlassak, a. a. O. S. 15—16; unter Verweisung auf die l. 3 § 1 D. nautae, 4, 9.

[4]) Wlassak, a. a. O. S. 21.

[5]) cf. g e g e n Wlassak: Krüger, Arch. f. ziv. Praxis Bd. 62, S. 496, 499; Hölder. Götting. Gel. Anzeigen Bd. II 1880, S. 913, 914; allein ohne Begründung. Brinz, Lehrbuch der Pandekten Bd. II,2 S. 633 Anm. 4 und 5, S. 635 A. 10, S. 636 A. 14.

Übereinstimmend dagegen: Dernburg, Pand. Bd. II S. 323 Anm. 2 und 3; vgl. aber Anm 6 und S. 333 Anm. 3. Kohler, Jahrb. f. Dogm. Bd. 25 S. 60, S. 76 vgl. aber S. 69 Anm. 1. Windscheid-Kipp, Pandekten Bd. II S. 855 Anm. 1 a z. B. Thon, Arch. f. ziv. Praxis Bd. 80 S. 77 ff.; insbesondere Isay, Die Geschäftsführung S. 20 ff. S. 28 ff. ferner Schulz, D. Rechte des Geschäftsführers S. 3 ff, Richter, die Rechte des Geschäftsführers ohne Auftrag S. 1, Brückmann, Die Rechte des Geschäftsführers ohne Auftrag S. 2,3. Endemann, Einführung Bd. I § 178 Note 6.

Wlassak's Anschauungen haben auch in der neuen Literatur überwiegend, wenn auch nicht allgemein, Anerkennung gefunden.

Während nun die Frage, ob die negotiorum gestio eine Neuschöpfung des Prätors ist, nicht unbestritten, sondern nur bis zum Grade der Wahrscheinlichkeit in bejahendem Sinne gelöst ist, herrscht hinsichtlich der oben aufgestellten Behauptung, daß das zitierte Edikt des Prätors die praktische Grundlage der Rechtssätze über die neg. gestio bilde, völlige Einstimmigkeit unter den Spezialschriftstellern.

Aber an der allgemeinen Fassung des Edikts gehen fast alle Schriftsteller mehr oder weniger bewußt entweder ganz achtlos oder doch nur mit kurzen Bemerkungen vorüber, und übersetzen mit einer sonderbaren Skrupellosigkeit — ohne sich weiter Rechenschaft darüber abzulegen, weshalb — negotiorum gestio mit »Geschäftsführung ohne Auftrag« oder gar »freiwilliger Geschäftsführung«, ohne zu bemerken, daß diese Übersetzung im Grunde genommen falsch ist, daß damit ein im lateinischen Ausdruck nicht liegendes Begriffsmerkmal hinzugefügt wird. Negotiorum gestio heißt eben auf deutsch nur «Geschäftsführung«.[1])

Wenn der Prätor mit den Worten »si quis negotia alterius gesserit, ... judicium eo nomine dabo« wirklich auf die Geschäftsführung o h n e Auftrag hinweisen wollte, so würden wir ihm eine Mangelhaftigkeit und Nachlässigkeit in der Fassung des Edikts zum Vorwurf machen müssen, was uns bei der sonst so genauen, jedes wichtige Moment erfassenden, Ausdrucksweise des Prätors in seinen Edikten nicht recht in den Sinn will. Der Prätor hätte dann in diesem Edikt die Geschäftsführung ohne Auftrag regeln wollen, aber gerade das Hauptmerkmal derselben, den Mangel eines Auftrags, nicht erwähnt.

Diesen schweren Vorwurf möchten wir dem Prätor ersparen und wir können denn auch unsere Kernfrage

[1]) Wlassak, a. a. O. S. 24, 25 ff.

dahin fassen, ob es erlaubt ist, die Fassung des Edikts nachlässig und mangelhaft zu nennen.[1])

Es ist ganz merkwürdig, wie gleichgültig man sich oft mit vollem Bewußtsein über den klaren Wortlaut des Edikts hinweggesetzt und einen Sinn in ihn hineingelegt hat, der sich aber bei näherer Betrachtung als eine auf unhistorischem Wege vorgefaßte Meinung[2]) — Wlassak[3]) bezeichnet dies einmal treffend als »eine Art wissenschaftliches Vorurteil« — ohne die Basis des Gesetzes darstellt.

Einige Beispiele mögen zur Erläuterung dieses Verfahrens der Hintansetzung des klaren Wortlauts unseres Edikts dienen. Kritz[4]) erkennt zwar an:

»Nach den Worten des Edikts wäre auch der Mandatar ein negotiorum gestor. Einer übereilenden Flüchtigkeit im Ausdruck läßt sich die Erscheinung gewiß nicht beimessen«, kann aber dennoch von seiner vorgefaßten Meinung[5]) nicht ablassen, daß das Edikt sich nur auf die Geschäftsführung ohne Auftrag beziehen solle.

Bei Dernburg[6]) findet sich die gelegentliche Bemerkung: »Das Edikt über die negotiorum gestio müsse sich ursprünglich auch auf das Mandat bezogen haben.« In seinen Pandekten[6]) (Bd. II, S. 323) betont er richtig, daß man in dem Edikt das Moment, worin etwas Neues gelegen hätte, nämlich daß es sich um »auftraglose« Geschäftsführung handelte, auch hätte hervorheben müssen. Und das hätte der Prätor m. E. auch sicherlich getan.

Recht bezeichnend ist es auch, wenn Brinz[7]) sich nicht scheut, von der Geschäftsführung des Kurators zu sagen, sie brauche »trotz des auch auf sie passenden Wortlauts nicht auch schon im Sinne der Ediktsworte de negotiis gestis gelegen gewesen zu sein.«

---

[1]) Wlassak, a. a. O. S. 25, 26.

[2]) cf. Brückmann, a. a. O. S. 4.

[3]) Wlassak, a. a. O. S. 143.

[4]) Kritz, Pandektenrecht Bd. I,1 S. 358.

[5]) Kritz, a. a. O. S. 348.

[6]) Dernburg, in den Festgaben für A. W. Heffter S. 115; Dernburg, Pandekten Bd. II, S. 323 N. 3.

[7]) Brinz, a. a. O. S. 634.

Auch Chambon und Köllner[1]) haben die allgemeine und unbestimmte Fassung des Edikts erkannt.

Ruhstrat[2]) wirft Ulpian Unvollständigkeit im Referat vor und diesen Vorwurf wiederholt er später[3]) dahin:

»Wenn ein Schriftsteller Bestimmungen aus einem Gesetze anführt, um dieselben zu erläutern, so folgt daraus offenbar nicht, daß er den ganzen Inhalt des Gesetzes mitgeteilt habe «[4])

Hölder[5]) hält es nicht für erwiesen, »daß bei der Aufstellung des Edikts der negotiorum gestio der Begriff ebenso allgemein gedacht als gefaßt war.«

Es ist merkwürdig, wie der klare und einfache Gedanke des Edikts in der Literatur fast durchweg verkannt worden ist. Niemand hat recht erkannt, daß der Prätor absichtlich sein Edikt so allgemein gefaßt hat, daß er nur das gesagt hat, was er hat sagen wollen. So wenig jenes unbewußt hinzufügte Begriffsmerkmal in der Überschrift des Pandektentitels (III, 5) enthalten ist, so wenig wird man dasselbe in der Ediktsstelle des Prätors in irgend einem Worte zu entdecken[6]) vermögen. Negotiorum gestio heißt nämlich, wie wir bereits gesehen haben, nichts weiter als »Geschäftsführung«. Der Prätor hat also mit diesem Edikt nicht die Geschäftsführung ohne Auftrag, sondern lediglich die Geschäftsführung schlechthin regeln wollen.

Der Grund für die Verkennung dieses Inhalts ist in den klaren und zu einfachen, zugleich aber zu allgemein lautenden Worten des prätorischen Edikts zu finden.[7])

---

[1]) Chambon, a. a. O. S. 3, S. 114/115;

Köllner, a. a. O. S. 5 A. 2, S. 11, S. 33 und S. 111; beide nehmen eine erfolgte Ausdehnung einer ursprünglichen engeren neg. gestio durch Erweiterung der Fassung seitens des Prätors an.

[2]) Ruhstrat, Arch. f. ziv. Pr. Bd. 33, S. 35 Note 38.

[3]) Ruhstrat, Jahrb. f. Dogm. Bd. 27, S. 98.

[4]) Offenbar mit Beziehung auf Wlassak's Ausführungen, cf. Brückmann, a. a. O. S. 5.

[5]) Hölder, a. a. O. S. 914.

[6]) cf. Wlassak, a. a. O. S. 25.

[7]) cf. Brückmann, a. a. O. S. 3.

Das Verdienst, die Ediktsworte genauer gewürdigt und gerade auf ihre auffallende Unbestimmtheit und Allgemeinheit hin eingehend untersucht zu haben, gebührt gleichfalls Wlassak.[1]) Er ist bewußt bei dem klaren Wortlaut des Edikts stehen geblieben; er hat mit einer bewundernswerten Schärfe nur das Edikt ins Auge gefaßt, mit dem die Prätoren »in wenigen, markigen Worten den Rechtsgedanken zum Ausdruck zu bringen wußten, den sie im Sinne hatten, und in das sie trotz des Lapidarstils, dessen sie sich bedienten, alle wesentlichen Momente des festzustellenden Rechtsverhältnisses aufzunehmen verstanden.«[2])

Zum Beweise für die sorgfältige Stilisierung der Edikte beruft sich Wlassak mit Recht auf die so charakteristische l. 15 § 9 D. 47,10, in der es heißt:

» . . . »cui« non sine causa adjectum est; nam si incertae personae convicium fiat, nulla executio est.«

Die Erfolge, die Wlassak bei seiner sorgfältigen geschichtlichen Untersuchung des Edikts, des Fundaments der negotiorum gestio, zu verzeichnen hatte, erscheinen uns so annehmbare, daß wir uns ohne weiteres seiner Meinung anschließen zu dürfen glauben.

Wir kommen daher zu dem Resultat, daß der Prätor mit dem Edikt: »si quis negotia alterius gesserit, . . . judicium eo nomine dabo« nicht für die Geschäftsführung ohne Auftrag, sondern für jegliche Art von Geschäftsführung eine Klage hat geben wollen. Die Vermutung spricht doch dafür, daß Ulpian vollständig mitgeteilt und das Edikt alle Begriffsmerkmale gegeben hat; denn »die Tätigkeit der interpretierenden Juristen war in den allermeisten Fällen nicht auf Ergänzung von im Edikt übergangenen Begriffsmerkmalen, sondern vielmehr auf folgerichtige Entwicklung und analoge Ausdehnung des mit musterhafter Präzision auf der Tafel des Prätors verzeichneten Rechtssatzes gerichtet.«[2])

[1]) Wlassak, Zur Geschichte der neg. gestio.
[2]) Wlassak, a. a. O. S. 26.

Hat der Prätor somit eine allgemeine Klage aus der Geschäftsführuug geschaffen, so müssen wir mit notwendiger Konsequenz den Schluß ziehen, daß es zu der Zeit, als der Prätor dies Edikt proponierte, noch keine Klagen aus irgend welcher Geschäftsführung, insbesondere keine Klagen aus mandierter usw. Geschäftsführung gegeben haben kann. Denn andernfalls ließe sich schwerlich auch nur das geringste Bedürfnis für eine solche allgemeine Klage konstruieren, welche die speziellen Klagen aus Mandat usw. mitumfaßte, sondern nur für eine Klage aus solcher Geschäftsführung, die sich unter jene nicht subsumieren ließ, also eine Klage auf Grund der auftraglosen Geschäftsführung.[1])

Die besonderen Klagen haben sich vielmehr erst im Laufe der Zeit aus dieser allgemeinen Klage abgezweigt, und das Edikt, durch Entstehung dieser speziellen Klagen aus der Geschäftsführung allmählich immer mehr eingeschränkt, ist schließlich als Grundlage einzig und allein der Geschäftsführung ohne Auftrag geblieben.

In dieser Beziehung zeigt die geschichtliche Entwicklung der neg. gestio einen Fortschritt vom Allgemeinen zum Besonderen.

Diese Entwicklung der neg. gestio wird auch von Isay[2]) verteidigt. Am Ausgangspunkt der römischen Geschäftsführungslehre finde man das einheitliche Institut der Geschäftsführung. Auf Grund des realen Vorgangs der Geschäftsführung habe das Edikt die rechtlichen Beziehungen zwischen dem dominus und gestor zu ordnen gesucht, wie überhaupt im älteren Recht die realen Vorgänge eine derart überwiegende Bedeutung gehabt hätten, daß das Recht in allen Fällen einer Gestion nicht den Grund ihrer Übernahme, sondern lediglich die Tatsache der Geschäftsführung selbst beachtete. Erst später habe die konstruierende Jurisprudenz, wie überhaupt in der geschichtlichen Entwicklung des Rechts dem formlosen und deshalb unbeachteten Willensmoment eine stetig wachsende Bedeutung zugeschrieben wird, die

[1]) vgl. auch Schulz a. a. O. S. 5.
[2]) Isay, a. a. O. S. 28 ff.

früher aus der Tatsache der Geschäftsführung entwickelten Rechtsfolgen als Rechtsfolgen der sie übertragenden und übernehmenden Willenseinigung betrachtet. Und so sei eine Zersplitterung des bisher einheitlichen Instituts nach den verschiedenen Gründen der Übernahme der Geschäftsführung herbeigeführt.

Das umgekehrte Bild, ein Fortschritt vom Besonderen zum Allgemeinen, tritt uns in einer anderen Entwicklungsphase der neg. gestio entgegen.

Nach Wlassak[1]) hat nämlich der Prätor bei Erlaß des Edikts überhaupt nur an die beauftragte Geschäftsführung gedacht und ist das Edikt erst allmählich auf jegliche Art von Geschäftsführung ausgedehnt. Auch hierfür ist ihm m. E. der Beweis in überzeugender Weise gelungen.

Die Veranlassung für den Prätor, sich dieser Materie im Edikt anzunehmen, sieht Wlassak in dem praktischen Bedürfnisse, die sich aus der Besorgung prozessualer Geschäfte für einen anderen ergebenden Rechtsverhältnisse zu regeln[2]), insbesondere für Abwesende[3]), welche das Fehlen einer gerichtlichen Vertretung — der defensio — besonders hart traf, da es leicht zur Beschlagnahme und zum Verkaufe ihrer Güter oder zu anderen Vermögensnachteilen für sie führen konnte[4]), zumal wenn jemand, was doch häufig vorkommt, in der Absicht verreiste, möglichst bald wieder zurückzukehren, und aus diesem Grunde es nicht für erforderlich erachtet hatte, einen Bevollmächtigten zurückzulassen.[5]) Die Besorgung fremder prozessualer Geschäfte war nämlich

[1]) Wlassak, a. a. O. S. 27.

[2]) Dernburg, Pandekten, Bd. II S. 323, N. 2.

[3]) Dernburg, Pand. Bd. I S. 297, 298.

[4]) l. 1 D. de neg. gestis 3,5.

[5]) l. 5 pr. D. de oblig. et actionibus 44,7 Gaius: » . . quia plerumque homines eo animo peregre proficiscuntur quasi statim redituri, nec ob id ulli curam negotiorum suorum mandant, deinde novis causis intervenientibus ex necessitate diutius absunt, quorum negotia deperire iniquum erat, quae sane deperirent, si vel is, qui obtulisset se negotiis gerundis, nullam habiturus esset actionem de eo quod utiliter de suo impendisset, vel is, cuius gesta essent, adversus eum, qui invasisset negotia eius, nullo jure agere posset.

bis zur lex Aebutia (um 200 v. Chr.), welche das Legisaktionenverfahren durch den Formularprozeß ersetzte, nicht zulässig[1]), von da ab aber nicht mehr ausgeschlossen.[2])

Es ist nun nicht zu verwundern, wenn der Prätor als Prozeßbeamter sein Augenmerk zunächst auf prozessuale Geschäftsführungen, mit denen er täglich zu tun hatte, lenkte und die Möglichkeit benutzend, den absens indefensus gegen die oben geschilderten harten Folgen zu schützen, die Stellvertretung vor Gericht allgemein für zulässig erklärte. Hatte er aber den ersten Schritt getan, so mußte er mit notwendiger Konsequenz auch den weiteren tun; d. h. ließ er die gerichtliche Stellvertretung zu, so mußte er nun auch die aus der prozessualen Geschäftsführung sich ergebenden rechtlichen Beziehungen zwischen dem abwesenden vertretenen »Prozeßherrn« und dem ihn vertretenden »Prozeßführer« regeln.

Da nun aber die Fälle, wo jemand nur auf kurze Zeit abwesend ist, jedoch durch unvorhergesehene Ereignisse genötigt wird, seinen Aufenthalt unfreiwillig zu verlängern und infolgedessen keinen Bevollmächtigten am Platze hat, die Ausnahme bilden, so konnte das edictum de negotiis gestis zunächst nur dem Zwecke gedient haben, die rechtlichen Beziehungen zwischen dem »Prozeßherrn« und dem von diesem zurückgelassenen beauftragten »Prozeßführer« zu regeln; d. h. also die gerichtliche Geschäftsführung mit Auftrag.

Daß es sich zunächst nur um gerichtliche Geschäftsführung gehandelt haben konnte, geht auch aus einem zweiten Argument hervor. Mit dem im Edikt gebrauchten Ausdruck »negotium« bezeichnete man nämlich in älterer Zeit anerkanntermaßen gerichtliche Handlungen [3])

Die allgemeine Fassung des Edikts war nun aber dazu angetan, das Edikt auf Fälle zu beziehen, an die der Prätor bei Erlaß desselben auch nicht im geringsten gedacht hatte.

---

[1]) pr. I. de iis per q. agere p. 4,10; l. 123 pr. D. de div. R. I. 50,17.

[2]) Vgl. auch Wlassak, a. a. O. S. 40 und die dortigen Anmerkungen.

[3]) Dernburg, Pand. Bd. I S. 213 N. 3; S. 96, 97, N. 5. Wlassak. a. a. O. S. 57 ff.

Der Praxis sowie der Wissenschaft stand damit ein weites Arbeitsfeld auf dem Gebiete der negotiorum gestio offen.

Es handelte sich also zunächst nur um gerichtliche Geschäftsführung. Doch mußte der Begriff des negotium nicht allein auf gerichtliche Tätigkeit beschränkt gewesen sein oder die Bedeutung des Wortes hat sich im Laufe der Zeit so erweitert, daß man die Rechtssätze über neg. gestio auf jede auch außergerichtliche Art von Geschäftsführung anwenden konnte.[1])

Die neg. gestio, die sich ursprünglich nur auf die gerichtliche Geschäftsführung beschränkte, hat sich also in der Richtung vom Besonderen zum Allgemeinen fortentwickelt.

Das Resultat unserer Erörterungen ist demnach folgendes:

Der Prätor ließ nach Einführung des Formularprozesses die gerichtliche Stellvertretung allgemein zu und regelte die daraus entstehenden Rechtsverhältnisse zwischen dem »Prozeßherrn« und dem »Prozeßführer« durch unser Edikt. Dieses wurde später auf außergerichtliche Geschäftsführung ausgedehnt, beschränkt aber wiederum durch Abzweigung der speziellen Klagen aus der negotiorum gestio auf die Geschäftsführung ohne Auftrag.

II. Teil. (Dogmatischer Teil).

Die Begriffsmerkmale der Geschäftsführung ohne Auftrag.

Praktisches, in Ansehung des Gemeinwohls dringendes Bedürfnis ist es gewesen, das den Prätor veranlaßt hat, sich dieser Materie im Edikt anzunehmen.[1]) Es gibt eben im Leben so außerordentlich zahlreiche Fälle, in denen man verhindert ist, für seine Angelegenheiten selbst Sorge zu tragen. Krankheit, Abwesenheit[1]) oder ähnliche Umstände

[1]) Dernburg, Pand. Bd. I S. 213 N. 3.

[1]) cf. l. 1 D. h. t. 3,5: hoc edictum necessarium est, quoniam magna utilitas absentium versatur, . . .

können uns in die fatale Lage bringen, zusehen zu müssen, wie unsere Interessen von den schwersten Verlusten betroffen werden, ohne daß wir selbst persönlich oder durch bestellte Vertreter eingreifen können, um die schlimmsten drohenden Nachteile unter Umständen sogar durch die geringsten Aufwendungen von uns fernzuhalten. Da liegt es denn im Interesse eines jeden Menschen, daß andere — mag es ein guter Freund oder ein Fremder sein — unaufgefordert seiner Geschäfte sich annehmen. Allerdings ist solche Geschäftsbesorgung meistens auch mit Aufwendungen verbunden, die der Geschäftsführer aus seinem eigenen Vermögen machen muß. Wenn nun die Wiedererlangung solcher Aufwendungen mit Schwierigkeiten verknüpft oder gar ganz in die Willkür desjenigen gestellt wäre, dessen Angelegenheiten diese Verwendungen erforderten, so dürfte sich schwerlich jemand finden, fremde Angelegenheiten unaufgefordert zu besorgen; man wird lieber die wertvollsten Güter seines Mitmenschen untergehen lassen, als sich der Gefahr aussetzen, seine Aufwendungen nicht ersetzt zu bekommen. Diesen zwingenden Tatsachen konnte sich das BGB ebensowenig verschließen wie der Prätor.[1])

Ein römisch rechtlicher Grundsatz lautet zwar: »culpa est immiscere se rei ad se non pernitenti«,[2]) d. h. das Eingreifen in fremde Angelegenheiten ist und bleibt ein Unrecht, selbst wenn es durch die Umstände geboten war und sein Unterlassen nachteilige Folgen für den Betroffenen gehabt hätte.

Selbst das preußische allgemeine Landrecht schreibt noch als Grundsatz vor, allerdings schon in gemilderter Form:

»In der Regel ist niemand befugt, sich in die Geschäfte eines anderen, ohne dessen Auftrag oder ein anderes besonders durch ausdrückliche Gesetze ihm beigelegtes Recht, zu mischen.«[3])

Doch die neueren Schriftsteller, insbesondere Kohler,

[1]) vgl. auch Cosack, BGB Bd. I S. 564 I,5

[2]) l. 36 D de div. Reg. Jur.

[3]) A. L. R. I,13 § 228: Koch, Allg. Landrecht Bd. II S. 194, 195

bewerten die negotiorum gestio sehr hoch. Kohler[1]) hält sie für eine vom Recht durchaus zu fördernde Einrichtung. Er nennt sie eine »sehr begehrenswerte, eine sehr unterstützungs- und förderungswerte Menschenhilfe.«

In der Kommission für die zweite Lesung[2]) des Entwurfs des BGB. wurde von einer Seite geltend gemacht: »wer unter Anwendung ordnungsmäßiger Sorgfalt ohne Auftrag die Geschäfte eines anderen z. B. im Falle der Abwesenheit oder Behinderung desselben besorge, erfülle dadurch eine ethische und im volkswirtschaftlichen Interesse gebotene Pflicht,« während von anderer Seite diesem Standpunkt widersprochen wurde: « . . . . . der Gesetzgeber dürfe diesen Gesichtspunkt nicht in den Vordergrund stellen und zur Grundlage seiner gesetzlichen Regelung machen. Der Gemeinnützigkeit stehe unter Umständen die Gemeingefährlichkeit der Besorgung fremder Geschäfte gegenüber. Erfahrungsgemäß mische sich häufig jemand in fremde Geschäfte lediglich aus Vordringlichkeit und in dem Bestreben, sich nach außen hin wichtig zu machen.«[2])

Die Mehrheit nahm aber eine vermittelnde,[3]) und, wie auch die Motive sich jeder Stellungnahme enthalten,[4]) durchweg neutrale Stellung ein. Diese Auffassung liegt dem Gesetz zugrunde.

Das BGB regelt die sog. echte Geschäftsführung ohne Auftrag in den §§ 677—686. Gemäß dem grundlegenden § 677 liegt Geschäftsführung ohne Auftrag vor, wenn jemand für einen anderen ein Geschäft besorgt, ohne von ihm beauftragt oder ihm gegenüber sonst dazu berechtigt zu sein. Das BGB gibt hier nur eine Darlegung tatsächlicher Vorgänge, eine Aufzählung der dem Recht relevant erscheinenden Ereignisse. Die Feststellung des »Begriffs« der auftraglosen Geschäftsführung ist somit identisch mit dem Auffinden der Tatsachen, an welche das Gesetz gewisse rechtliche

[1]) Kohler, Menschenhilfe im Privatrecht, Iherings Jahrb. Bd. 25 S. 43.

[2]) Mugdan, Ges. Materialien Bd. II S. 1195, 1196.

[3]) Planck, Kommentar, Vorb. II z. 11 Titel S. 679.

[4]) Vgl. Mugdan, a. a. O. S. 477–488.

Folgen knüpfen will, und ihrer einheitlichen begrifflichen Zusammenfassung.[1])

Die dem Recht relevant erscheinenden Ereignisse, oder mit anderen Worten die Voraussetzungen der Geschäftsführung ohne Auftrag sind:

1) eine »Geschäftsbesorgung,«
2) »für einen anderen« muß die Gschäftsbesorgung erfolgt sein,
3) »ohne Auftrag oder eine sonstige Berechtigung« gegenüber dem Geschäftsherrn, dem dominus, muß der Geschäftsführer, der gestor, das Geschäft besorgt haben.

§ 2.

Der Begriff der „Geschäftsbesorgung."

Wir wollen nun zunächst untersuchen, was das Gesetz unter »Geschäftsbesorgung« versteht. Ein Blick in die juristische Literatur zeigt uns, daß über die Bedeutung dieses Begriffes »Geschäftsbesorgung« die Ansichten der Schriftsteller sehr verschieden sind und man noch weit davon entfernt ist, eine Einigung zu erzielen.

Zunächst ist ein Streit bei der Geschäftsbesorgung darüber entstanden, ob die Geschäftsbesorgung sich nur auf die Vornahme von Rechtsgeschäften bezieht oder ob das Gesetz mit diesem Ausdruck auch die tatsächlichen Handlungen bezeichnen will.

Die Motive[2]) sagen: »bei dem Ausdruck »ein Geschäft besorgen« ist schon nach dem allgemeinen Sprachgebrauch das Mißverständnis ausgeschlossen, als ob darunter nur Rechtshandlungen oder Rechtsgeschäfte, nicht auch tatsächliche Dienstleistungen zu verstehen wären.«

Doch scheint dem nicht so zu sein, denn sonst hätte ein Streit garnicht entstehen können. Jaeger[3]) sagt: »Der

[1]) cf. Brückmann, a. a. O. S. 9.
[2]) Mugdan, a. a. O. S. 478.
[3]) Jaeger, Komm. z. K. O. § 22 Anm. 10.

Begriff der Geschäftsbesorgung bildet ohne Zweifel den dunkelsten Punkt in der Lehre von der Geschäftsbesorgung.«

Wir wollen auf den römisch rechtlichen Begriff des »negotium« zurückgehen und feststellen, wie die Römer ihren Ausdruck verstanden.

Nach Wlassak[1]) bedeutet »negotium« ursprünglich nur, wie wir gesehen haben, gerichtliche Geschäftsführung; erst allmählich hat der Begriff eine weitere Bedeutung erhalten.[2])

Ulpian erläutert in l. 3 § 2 h. t. den Begriff negotium in so lakonischer Kürze, daß uns nicht viel damit gedient ist. Doch dürfte wohl die herrschende Ansicht unter »negotia alterius« alle Handlungen verstehen, welche für einen anderen vorgenommen werden können, also eine mittelbare oder unmittelbare Stellvertretung zulassen. Dankwardt kommt zu dem Schlusse:

»So kommen Rechtsgeschäfte und einfache Handlungen ohne juristischen Karakter als negotia alterius vor, und negotium ist bald ein einzelner Akt mit unmittelbarer Wirkung, bald eine Unternehmung, an der man einen Anfang, Verlauf und Erfolg unterscheiden kann.«[3])

Es finden sich auch Quellenbeispiele sowohl für einfache Handlungen[4]) wie für solche rechtsgeschäftlicher Natur.[5]) [6])

Da es nun rein faktische Vorgänge der Außenwelt waren, an welche die Rechtsordnung, ohne sie zu einem Begriff zu verbinden, Rechtsfolgen knüpfte, so mußte das BGB die so geartete Grundlage mit historischer Notwendigkeit aus dem römischen Recht übernehmen.[7])

[1]) Wlassak, a. a. O. S. 57.

[2]) Vgl. die überzeugende Begründung für die tendenziöse Auslegung der Gesetze durch die alten Juristen bei Wlassak, a. a. O. S. 59 Anm. 36.

[3]) Dankwardt, a. a. O. S. 11.

[4]) z. B. insulam fulsit in l. 10 § 1 D. h. t

[5]) z. B. debitum solvere in l. 13 D. h. t.

[6]) a. A. Aarons, Beiträge z. Lehre von der neg. gestio, S. 2 ff., der negotium mit »juristische Handlung« übersetzt; vergl jedoch die trefflichen Ausführungen gegen ihn bei Brückmann, a. a. O. S. 8, 9.

[7]) Brückmann, a. a. O. S. 9

Das BGB sagt im § 677: „wer ein Geschäft für einen andern »besorgt«".

Hier wirft sich uns sofort die Frage auf weshalb das Gesetz gerade den Ausdruck »besorgen« verwendet, obwohl es sich sonst des Ausdrucks »Geschäftsführers« bedient, der Geschäfte »führt«, und den ganzen Titel mit Geschäfts»führung« ohne Auftrag überschreibt.

Brückmann [1]) erklärt dies »aus Gründen des sprachlichen Taktes, der auch an erster Stelle den Ausdruck »führt« und an zweiter den des »Besorgens«, nicht aber wohl einen von ihnen zweimal hintereinander hatte verwenden können «

Dieser Grurd ist m. E. nicht stichhaltig. Denn wenn das BGB auch im allgemeinen sehr viel auf einen guten Stil hält, so würde es doch nicht allein dem guten Klang zuliebe einen etwaigen technischen Begriff opfern.

Damit haben wir die Frage berührt, ob dem Ausdrucke »Geschäfte besorgen« in den §§ 662 und 677 und »Geschäftsbesorgung« im § 675 überhaupt eine technische Bedeutung beizulegen ist und ob sie eine verschiedene Bedeutung haben.

Manche Schriftsteller wollen nämlich aus dem § 675 etwas für den Inhalt der Geschäftsbesorgung entnehmen, indem sie behaupten, daß der im § 675 enthaltene Begriff der »Geschäftsbesorgung« ein anderer sei als der in den §§ 662 und 677, und daß ihm eine technische Bedeutung zukomme.

Matthiaß [2]) ist der Ansicht, daß »Geschäftsbesorgung« im § 675 notwendigerweise Engeres als in den §§ 662 und 677 bedeute; was aber dieses sein soll, sei streitig. Es handelt sich seiner Ansicht nach um eine solche Tätigkeit des Dienstverpflichteten oder des Unternehmers, welche die rechtlichen Verhältnisse, nicht nur das Vermögen, des anderen Teils berührt, also um eigentliche Rechtsgeschäfte und Rechtshandlungen.

[1]) Brückmann, a. a. O. S. 9, 10.
[2]) Matthiaß, Lehrb. d. BGB Bd. I S. 612,

Ebenfalls Schollmeyer[1]) ist der Ansicht, daß »Geschäftsbesorgung« im § 675 eine andere, engere Bedeutung habe, als in den §§ 662 und 677.

Siméon[2]) führt zum § 675 aus: »In dieser Bestimmung wird offenbar das Wort »Geschäftsbesorgung« in einem ganz anderen Sinne gebraucht, als es im § 662 geschieht. Denn wollte man auch hier unter Geschäftsbesorgung neben den Handlungen vorwiegend rechtlicher Natur zugleich alle tatsächlichen Verrichtungen begreifen, so käme man zu dem vom Gesetzgeber gewiß nicht gewollten Schlusse, daß jeder Dienst- und Werkvertrag dem Rechte des Auftrags unterfiele. Es wird also die Geschäftsbesorgung im Sinne des § 675 auf Geschäfte ausschließlich oder doch vorwiegend rechtlicher Natur zu beziehen sein«.[3])

Dieser Ansicht können wir uns aber nicht anschließen. Im Gegenteil sind m. E. die Begriffe der Geschäftsbesorgung im § 675 und in den §§ 662 und 677 inhaltlich gleichzustellen.[4]) Im Anschluß an Oertmann[5]) ist den genannten Schriftstellern folgendes entgegenzuhalten: Die Gleichstellung ergibt sich zunächst aus der historischen Entwicklung. Der § 606 des zweiten Entwurfs zum BGB läßt deutlich erkennen, daß zwischen dem § 675 einerseits und den §§ 662 und 677 andererseits ein engerer Zusammenhang besteht. Denn im § 606 wird von der Verpflichtung »zur« Geschäftsbesorgung gesprochen; hiermit kann m. E. nur eine Geschäftsbesorgung im Sinne der §§ 585 des ersten und 593 des zweiten Entwurfs gemeint sein.[6]) Ferner ergibt sich die inhaltliche Gleichstellung für das BGB auch aus der

[1]) Schollmeyer, Recht d. einzelnen Schuldverh. S. 91, 99, 100 A 1 u. 2.

[2]) Siméon, Recht und Rechtsgang, S. 444.

[3]) Vergl. noch Bunsen, Bürgerl. Recht, S. 275, 269 ff.; Neumann, Handausgabe S. 417. Staudinger-Engelmann, Bd. II,2 S. 1054 ff.; 1064 ff.; Endemann, Einführung S. 805.

[4]) cf. auch Brückmann, a. a. O. S. 27.

[5]) Oertmann, Komm. z. BGB. Bd. II Vorb. II z. Titel 11 S. 717.

[6]) Mugdan, a. a. O. S. XCV resp. XCVIII. Vgl. die Ausführungen bei Planck, Komm. z. BGB. Bd. II S. 653 Bem. II 2.

Gleicheit des Wortlauts in den §§ 662 und 677 und im § 675 sowie der Nebeneinanderstellung beider Materien.

Mit dem § 675 läßt sich also für die Begriffsbestimmung der Geschäftsbesorgung nicht viel anfangen.[1])

Das Gesetz gibt uns über diesen Begriff keine nähere Auskunft. Es bleibt uns nichts anderes übrig, als ihn aus dem Sprachgebrauch und dem Zweck des ganzen Instituts heraus zu entwickeln.

Die theoretischen Erklärungsversuche sind aber bisher zu wenig befriedigenden Resultaten gelangt.

Soviel steht nach der herrschenden Meinung fest, daß das Gesetz, wenn es von Geschäftsführung, Besorgung eines Geschäfts redet, nicht bloß Rechtsgeschäfte im Sinne hat,[2]) sondern auch rein faktische Geschäfte. Eine gegenteilige Ansicht[3]) wird durch das Gesetz selbst widerlegt. Es bestimmt im § 682: »Ist der Geschäftsführer geschäftsunfähig oder in der Geschäftsfähigkeit beschränkt, so ist er nur nach den Vorschriften über den Schadensersatz wegen unerlaubter Handlungen und über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung verantwortlich.«

Wenn das Gesetz sagt, »ist der Geschäftsführer geschäftsunfähig«, so will es, wie es nach seinem gewöhnlichen Sprachgebrauch in der Verbindung »Geschäftsfähigkeit« lediglich Rechtsgeschäfte begreift, damit sagen, daß derselbe unfähig ist, Rechtsgeschäfte abzuschließen. Da das Gesetz aber selbst damit zugibt, daß ein Geschäftsunfähiger Geschäftsführer sein kann, so kann es unter Geschäftsbesorgung unmöglich nur Rechtshandlungen verstehen, oder gar nur Rechtsgeschäfte.

Damit erledigt sich auch die Behauptung Manigk's,[4]) »die Geschäftsführung sei hinsichtlich der obligatorischen

[1]) cf. Hachenburg, Dienst- und Werkvertrag im BGB, in den Annalen der Großherzoglich Badischen Gerichte, 1898 S. 170 ff.; doch auf seine Ausführungen weiter einzugehen, würde uns zu weit führen.

[2]) Vgl. Isay, a. a. O. S. 43, 44.

[3]) Staub, Komm. z. HGB. Bd. II § 362 Anm. 3 S. 1304.

[4]) Manigk, Willenserklärung und Willensgeschäft, S. 684 ff.

Wirkungen bloße Rechtshandlung, kein Rechtsgeschäft.“ Manigk sagt selbst, daß auch Kinder Geschäftsführer ohne Auftrag sein könnten; ebenso wie sie finden könnten; nur modifiziere § 682 ihre Haftung; die §§ 107, 111 seien nicht anwendbar, falls ein beschränkt Geschäftsfähiger Geschäfte geführt habe, auch die §§ 116 ff. seien nicht anwendbar.«

Die Ansprüche aus der Geschäftsführung ohne Auftrag entstehen eben unmittelbar kraft Gesetzes. Die Konsequenz dieser Auffassung würde sein, daß ein Geschäftsunfähiger, welcher fremde Angelegenheiten besorgt, ebenso haften müßte, wie ein Geschäftsfähiger. Das Verhältnis soll aber nach § 682 so beurteilt werden, wie wenn es sich um die Vornahme eines Rechtsgeschäfts gehandelt hätte.[1]) Daraus folgt, daß es sich nicht um ein Rechtsgeschäft gehandelt zu haben braucht, auch nicht um eine bloße Rechtshandlung. Der Begriff der Geschäftsbesorgung umfaßt auch bloß faktische Dienstleistungen.[2])

Außerdem nennt das Gesetz gelegentlich auch die Besorgung von fremden Geschäften eine solche von fremden »Angelegenheiten.«[3])

Allein über den Begriff der rein faktischen Geschäfte ist unter den Vertretern dieser herrschenden Ansicht ein Streit entstanden.

Endemann[4]) betrachtet als Geschäftsbesorgung »die Entfaltung einer selbständigen in die zivilrechtlich anerkannten Verhältnisse eines anderen unmittelbar eingreifenden Tätigkeit«. Diese Definition erscheint auf den ersten Blick als zu eng[5]), da sie die Prozeßhandlungen ausschließt. Daß aber die Vornahme eines Prozeßgeschäfts für einen Anderen nicht Geschäftsbesorgung sein sollte, bestreitet Endemann[6])

[1]) cf. Planck, a. a. O. S. 692 Bem. 1 zu § 682.

[2]) Oertmann, a. a. O. S. 717 Vorbem. 2; cf. auch Dernburg, BGB Bd. II S. 378 I,1 und A. 2.

[3]) z. B. §§ 1688, 1796, 1909 ff.

[4]) Endemann, Lehrb. des bürgl. Rechts 9. Aufl. 1903, § 172, S. 1080, 1081.

[5]) Vergl. auch Isay, a. a. O. S. 44.

[6]) Endemann, a. a. O. 9. Aufl. S. 1081 A. 23.

selbst garnicht, würde auch zweifellos mit den Vorschriften der ZPO im Widerspruch stehen. Es heißt nämlich im § 89 ZPO:

»Handelt jemand für eine Partei als Geschäftsführer ohne Auftrag, ... «,

ferner im § 130 ZPO:

»Die vorbereitenden Schriftsätze sollen enthalten: . . . . die Unterschrift der Partei selbst oder desjenigen, welcher für dieselbe als . . . . Geschäftsführer ohne Auftrag handelt.«

Cosack[1]) bezeichnet als Geschäftsbesorgung diejenige Tätigkeit, die rechtlich das Vermögen des Dienstempfängers berührt; im Gegensatz namentlich zur Leistung höherer Dienste, wie zum Beispiel der Ärzte und Hauslehrer, die nach ihm nicht auf eine Geschäftsbesorgung gerichtet sind. Cosack hat in Auflage 4 seine Lehre insofern etwas erweitert, als er jetzt auch Verträge auf tatsächliche Handlungen dahin rechnet, »sofern sie zur Vermögensverwaltung des Dienstberechtigten gehören.«

Der ursprünglichen Formulierung Cosack's schließen sich u. a. auch Isay[2]) an, der jede vom Recht beachtete Einwirkung auf das Vermögen, also jede unmittelbare Einwirkung, genügend sein läßt. Nach ihnen würde ein Arzt, der sich freiwillig um einen Kranken auf der Straße stundenlang bemüht, keinerlei Ansprüche gegen denselben erlangen. Dieser bedauerlichen Konsequenz sucht Isay[3]) in bedenklicher Weise aus dem Wege zu gehen, indem er sagt: »Die Rechtsprechung wird hier zweifellos in der Weise Abhilfe schaffen,

---

[1]) Cosack, a. a. O. S. 513 ff.

[2]) Isay, a. a. O. S. 44, 45, vgl. auch Planck, Matthiaß zu § 675; ähnlich auch Riezler, der Werkvertrag, S. 76 ff.: »nicht nur die rechtlich, sondern auch die nur ökonomisch für den Dienstberechtigten unmittelbar bedeutsame Tätigkeit« rechnet er zur Geschäftsbesorgung, cf. auch Staudinger, Nr. 2 a. E. zu § 675 S. 1055; cf. auch Kleinberger, Bay. Rechtspfl. Z. 07, S. 253 ff.: unter dem Begriff der »Geschäftsbesorgung« wird man die Erledigung solcher Angelegenheiten zu verstehen haben, die der wirtschaftlichen Interessensphäre eines anderen angehören.

[3]) Isay, a. a. O. S. 46, 47.

daß sie an die von § 612 gegebene Handhabe der »stillschweigenden Vereinbarung« anknüpft.«

Der Zweck der Normen über auftraglose Geschäftsführung erfordert es dringend, hierin doch eine Geschäftsbesorgung zu sehen. Mit dem Ausdruck Geschäftsführung verbindet der Sprachgebrauch freilich einen prägnanten Sinn, der sich schwerlich auf Tätigkeiten wie die des Arztes beziehen läßt. Aber wie schon bemerkt spricht das BGB z. B. im § 1688 in demselben Sinne vom Besorgen von »Angelegenheiten«. Daß der Arzt eine Angelegenheit des Kranken besorgt hat, läßt sich aber wohl nicht leugnen[1]),

Die Unrichtigkeit der Cosack'schen Definition der Geschäftsbesorgung ergibt sich m. E. aus dem Gesetz selbst. Denn im § 680 heißt es:

»Bezweckt die Geschäftsführung die Abwendung einer dem Geschäftsherrn drohenden dringenden Gefahr, so hat der Geschäftsführer nur Vorsatz u. grobe Fahrlässigkeit zu vertreten«.

Mit Planck[2]) sind die Worte »einer dem Geschäftsherrn drohenden dringenden Gefahr« dahin auszulegen, daß es keinen Unterschied macht, ob die Gefahr der Person oder dem Vermögen des Geschäftsherrn droht. Daraus ergibt sich, daß die Tätigkeit des Geschäftsführers nicht immer die vermögensrechtliche Seite des Geschäftsherrn berühren muß.

Hellmann[3]) will unter Besorgung eines Geschäfts Dienste verstanden wissen, »die lediglich die Bestimmung haben, dem Dienstberechtigten eigene Arbeit abzunehmen.« Danach würde ein Arzt, der seinem Kollegen ein Geschwür am Oberschenkel aufschneidet, was dieser ebensogut hätte selbst tun können, ein »Geschäft« desselben besorgen. Isay[4]) lehnt es in richtiger Konsequenz von seinem Standpunkt aus ab, die Behandlung des Kranken durch den Arzt als Geschäfts-

[1]) Schulz, a. a. O. S. 36, 37.
[2]) Planck, a. a. O. S. 691 zu § 680.
[3]) Hellmann, Kritische Vierteljahrsschrift Bd. 41, S. 222.
[4]) Isay, a. a. O. S. 47, 48.

führung zu bezeichnen; sein Standpunkt kann dadurch nicht eine Veränderung erleiden, daß der Kranke selber ein Arzt ist. Man würde bei dieser Theorie in jedem einzelnen Fall zu untersuchen haben, ob die besorgten Geschäfte gerade solche des Geschäftsherrn sind, also ob sie in den Geschäftskreis derjenigen Person, für welche sie besorgt sein sollten, hineinfallen. In richtiger Konsequenz müßte Hellmann zu dem Schlusse kommen, daß ein Tischler, der die Möbel eines Gelehrten repariert, nicht ein Geschäft desselben besorgt, weil dieser selbst die Reparatur nicht vorgenommen haben würde[1]).

Andere Schriftsteller u. a. Matthiaß[2]) behaupten, dem Worte »Geschäft« im § 662 (und § 677) — im Gegensatze allerdings zu § 675 — komme eine technische Bedeutung nicht zu. Hiergegen wäre an sich nichts weiter einzuwenden, als nur daß sie den Begriff der Geschäftsbesorgung im § 675 enger fassen, ihm eine »technische« Bedeutung beilegen wollen. Der Begriff der Geschäftsbesorgung ist nun tatsächlich im weitesten Sinne zu verstehen. Er umfaßt sowohl Rechtsgeschäfte als auch rein tatsächliche Handlungen. Die Geschäftsbesorgung kann sich auf ein einzelnes Geschäft oder auf eine Reihe von Geschäften oder auf alle Geschäfte einer einzelnen Person beziehen[3]). Weder der Wortlaut des § 662 noch der Sinn erheischen oder gestatten auch nur eine engere Auslegung[4]).

In der Praxis ist der Begriff der Geschäftsbesorgung bislang stets im weitesten Sinne aufgefaßt[5]).

Selbstverständlich scheiden solche Handlungen von vornherein aus, die aus physischen oder juristischen Gründen nicht für einen anderen vorgenommen werden können. Eben-

[1]) Ein Anklang an diesen Gedanken auch bei Oertmann, Komm. zu § 675 S. 713: die wirkliche Besorgung eines Geschäfts, nicht nur eine unselbständige Hilfsleistung sei »Geschäftsbesorgung«.

[2]) Matthiaß, a. a. O. S. 604; cf. auch Schulz, a. a. O. S 36.

[3]) Planck, a. a. O. S. 684 zu § 677 Bem. 2 a.

[4]) Oertmann, a. a. O. S. 692 Vorbem. 3 a.

[5]) Vgl. RG. Bd. 56 S. 84 ff., Bd. 57 S. 392; RG. in J. W. 1906 S. 109; Seuffert's Archiv Bd. 61 S. 52 ff.

falls kann die Besorgung unsittlicher Geschäfte nicht den Schutz unseres Instituts genießen. Isay[1]) kommt bei seinen Ausführungen zu dem Resultat: »ob die Tätigkeit des Geschäftsführes an sich deliktisch oder unsittlich ist, darauf kommt es nicht an; entscheidend ist vielmehr, ob sie als Handeln im Dienste des anderen, als Geschäftsführung in dieser ihrer Eigenschaft verbotswidrig, unsittlich ist«.

Der Begriff des Geschäfts ist also im weitesten Sinne zu verstehen. Es läßt sich aber auch ein Weg m. E. finden, ohne den Begriff für den § 675 einengen zu müssen, ohne dem Gesetze Inkonzinnität vorwerfen zu müssen. Diesen Weg gefunden zu haben, ist Hellwig's[2]) Verdienst. Er führt aus:

»Die Feststellung dieses vom BGB §§ 662, 675 verwendeten Begriffs ist schwierig. M. E. kann sie nur gelingen, wenn man unter der Besorgung eines Geschäfts die Entfaltung der Tätigkeit zur Erledigung einer bestimmten Angelegenheit oder einer Mehrheit bestimmter Angelegenheiten versteht, also die Tätigkeit, welche auf die Herbeiführung eines bestimmten Erfolges (rechtlicher oder tatsächlicher Art) gerichtet ist.«[3]) Diese Auffassung, der sich u. a. Kipp[4]) und Lenel[5]) angeschlossen haben, entspricht m. E. nicht nur dem Sprachgefühl, sondern wird auch den Bedürfnissen des Lebens gerecht.[6]) Das Ergebnis unserer Ausführungen ist also:

»Die bestimmte Zielrichtung der Tätigkeit ist dem Begriff der Geschäftsbesorgug wesentlich, der im § 675 BGB kein anderer ist als in den §§ 662 und 677.«[7])

Der Begriff der Besorgung selbst dürfte innerhalb des Gebietes der negotiorum gestio kaum jemals Schwierigkeiten

[1]) Isay, a. a. O. S. 91.

[2]) Hellwig, Verträge auf Leistung an Dritte, S. 517 Anm. 42.

[3]) Auf die Folgen der Anwendung dieser Begriffsbestimmung auf den § 675 näher einzugehen, gehört nicht zu unserer Aufgabe.

[4]) Kipp-Windscheid, Pand. S. 675.

[5]) Lenel, Jahrb. f. Dogm. Bd. 44 S. 35.

[6]) cf. Brückmann, a. a. O. S. 26.

[7]) Vgl. Lenel, a. a. O. S. 41, 42.

bereiten. Wir können uns keine Übernahme der Besorgung eines fremden Geschäfts denken, in der nicht bereits ein Hinarbeiten und Tätigwerden auf ein bestimmtes Ziel zutage tritt[1])

§ 3.

»Für einen anderen«. (Das personale Element).

Das zweite Begriffsmerkmal, das subjektive Element, der Geschäftsführung ohne Auftrag ist, daß das Geschäft »für einen anderen« besorgt sein muß; daß der »animus aliena negotia gerendi« vorhanden sein muß. Ob diese Voraussetzung zutrifft, kann in vielen Fällen zweifelhaft sein. Seit altersher hat denn auch die Frage, wann der Gestor ein Geschäft als eigenes, wann als fremdes und somit für einen anderen geführt hat, Schwierigkeiten bereitet. In der Wissenschaft unterschied man zwischen objektiv und subjektiv fremdem Geschäft, wodurch man eine Grundlage für die Entscheidung der Frage zu gewinnen suchte. Unter objektiv fremdem Geschäft verstand man ein solches Geschäft, das schon an sich,[2]) durch seine Eigenart notwendig dem fremden Interessenkreise des dominus angehört, z. B. die Pflege eines fremden Tieres, unter subjektiv fremdem Geschäft ein solches, das an sich »neutral« ist, d. h. eine notwendige Beziehung zu einem bestimmten Vermögen nicht hat[3]) und nur durch die Willensrichtung des Führenden eine solche zu dem anderen erlangt, z. B. der Ankauf von Waren für einen Freund.[4]) Auch in die Gesetzgebung ist diese Unterscheidung übergegangen. So bestimmt das sächsische bürgerliche Gesetzbuch in § 1358:

[1]) Brückmann, a. a. O. S. 27.

[2]) cf. l. 5 § 11 D. h. t.: »alterum re ipsa gestum negotium«.

[3]) Dernburg, Pand. Bd. II § 122 S. 325.

[4]) l. 5 § 9 cit.: »negotium quod ab initio tuum non erat, sed tua contemplatione gestum.

»Bei Geschäften, welche an sich nicht die Geschäfte desjenigen sind, für welchen gehandelt wird und bei welchen die Person des Geschäftsherrn bloß durch die Willensrichtung des Geschäftsführers bestimmt wird, gilt das Geschäft als ein Geschäft des Geschäftsherrn nur, wenn er dasselbe genehmigt, und nur unter dieser Voraussetzung ist der Geschäftsführer zu dem Anspruch auf Erstattung der Verwendungen berechtigt.«

Diese Unterscheidung in objektiv und subjektiv fremde Geschäfte konnte natürlich nur dann einen Wert für die Praxis haben, wenn es gelang, für den Begriff des objektiv fremden Geschäfts feste Kriterien zu finden.

Es sind viele Versuche einer Bestimmung des Begriffs des objektiven negotium alienum gemacht worden.

Ihering[1]) ist der erste gewesen, der die Feststellung der Kriterien des objektiv fremden Geschäfts unternommen hat. Nach ihm liegt ein solches dann vor:

1. wenn der zur Leistung einer Sache und zur Zession der durch die Beschädigung, Entwendung oder Vernichtung derselben seitens eines Dritten ihm entstandenen Klagen Verpflichtete dieselben nicht zediert, sondern selbst angestellt hat;

2. wenn einen anderen als den Geschäftsführer das periculum negotiationis trifft; wobei er die objektive Zugehörigkeit der einem anderen zustehenden Klagen aus der durch ihre Bestimmung ausschließlich gegebenen Benutzung[2]) erklärt.

Gegen ihn hat aber mit Recht Monroy[3]) geltend gemacht, hinsichtlich des ersten Falles, daß man Klagen auch z. B. zedieren könne; und hinsichtlich des zweiten, daß die Gefahrtragung erst die Folge, nicht aber der Grund der Vermögenszugehörigkeit sei.

Nach Dankwardt[4]) liegt ein objektiv fremdes Geschäft

[1]) Ihering, Abhandlungen aus d. röm. Recht I S. 44 ff., S. 77 ff.

[2]) Ihering, daselbst S. 47.

[3]) v. Monroy, Die vollmachtlose Ausübung fremder Vermögensrechte S. 52 ff., 57; cf. auch Isay, a. a. O. S. 56.

[4]) Dankwardt, Die neg. gestio S. 35 ff., 36.

vor, wenn die Handlung des Gestors objektiv das Vermögenssubjekt berührt. Dieser Formulierung haben Aarons[1]), Monroy und Isay widersprochen, die mit Recht geltend machen, daß dieser von Dankwardt aufgestellten Theorie die befriedigende Abgrenzung fehle und daß sie viel zu allgemein sei, um brauchbar zu sein.

Monroy[2]) hält ein objektiv fremdes Geschäft für vorliegend, wenn ein fremdes Vermögensrecht ausgeübt wird. Daß auch diese Definition nicht haltbar ist, hat Isay[3]) eingehend und in überzeugender Weise nachgewiesen.

Alle diese Versuche einer Begriffsbestimmung des objektiv fremden Geschäfts haben also zu keinem auch nur annähernd befriedigenden Ergebnis geführt. Das Resultat dieser Untersuchungen war lediglich die Anerkennung der Unmöglichkeit theoretischer Bestimmung dieses Begriffs.

Die Verfasser des Entwurfs eines BGB glaubten daher, ein Operieren mit dem Begriffe des objektiv fremden Geschäfts vermeiden zu sollen, weil die Feststellung des Begriffs des objektiv fremden Geschäfts auf große und kaum zu besiegende Schwierigkeiten stoßen würde.[4]) Auch hielten sie die Verwendung des Begriffs als Grundlage der Normen für die negotiorum gestio für entbehrlich, was die Motive ausdrücklich betonen:

»Durch die Fassung der Voraussetzung »für einen anderen«, nicht »eines anderen« ist zunächst die in der Doktrin vertretene, auch in der Gesetzgebung (vergl. sächs. BGB § 1358; Dresd. Entw. 768) zum Ausdruck gelangte Unterscheidung zwischen objektiv fremdem Geschäfte, wenn das besorgte Geschäft an sich als ein Geschäft des Geschäftsherrn erscheint, und subjektiv fremdem Geschäfte, wenn

[1]) Aarons, Beiträge z. Lehre von d. neg. gestio S. 266 ff., Monroy, a. a. O. S. 51; Isay, a. a. O. S. 56.

[2]) Monroy, a a. O. S. 52 ff.

[3]) Isay, a. a. O. S. 58.

[4]) Mugdan, a. a. O. S. 478. Sturm, Geschäftsführung ohne Auftrag nach BGB., S. 30, hält die Feststellung des objektiv fremden Geschäfts geradezu für unmöglich.

es an sich als ein solches sich nicht darstellt, wohl aber vom Geschäftsführer für den Geschäftsherrn bestimmt gewesen ist, abgelehnt.«[1])

Allein die Annahme, daß man ohne den Begriff des objektiv fremden Geschäfts auskommen könne, war irrig.

Planck[2]) behauptet in Übereinstimmung mit der herrschenden Ansicht, daß das Gesetz diese Unterscheidung, indem es der Voraussetzung die Fassung gab »für einen anderen« statt »eines anderen«, hat ablehnen wollen; fährt dann aber sogleich fort, daß sich der Begriff im Hinblick auf § 687 nicht ausschalten lasse.

Der Begriff des objektiv fremden Geschäfts ist m. E. trotz der Schwierigkeit seiner Feststellung auch für die auftraglose Geschäftsführung des BGB unentbehrlich geblieben. Denn der § 687 BGB könnte ohne eine Normierung des objektiv fremden Geschäfts überhaupt gar keine Anwendung finden. Ja die Kommission selbst hat sich trotz besten Willens von der Unterscheidung in objektiv und subjektiv fremde Geschäfte nicht ganz freimachen können.[3]) Um den § 687 zur Anwendung bringen zu können, muß notwendig die Frage beantwortet werden, welche Momente dazu gehören, um ein Geschäft zu einem »fremden« Geschäft zu machen. Die Begriffsbestimmung des »fremden« Geschäfts erfordert vor allem eine Feststellung der in der Handlung des Ge-

[1]) Mugdan, a. a. O. S. 478.

[2]) Planck, a. a. O. S. 684 zu § 677; cf. ferner Staudinger-Engelmann, § 677 zu 2 b S. 1065; Matthiaß, S. 684; Klawki, Der Ersatzanspruch aus der auftraglosen Führung fremder Geschäfte, Erlangen 1898 S. 5 Anm. 2; ferner Schulz, a. a. O. S. 31; Stelzner, Die Ansprüche des Geschäftsführers ohne Auftrag gegen den Geschäftsherrn nach BGB., Straßburg 1901, S. 14 ff. Dagegen: Oertmann, a. a. O. S. 718 Bem. 3 c offenbar etwas anders; er erwähnt wenigstens, daß es objektiv fremde Geschäfte im BGB gibt; eine Ausnahme macht auch Cosack, a. a. O. S. 563, insofern als er auf den Begriff »für einen anderen« keinen erheblichen Wert zu legen scheint; bei ihm finden sich die Worte: »des letzteren«, »eines anderen«.

[3]) Vgl. Mugdan, a. a. O. S. 478 und 486 zu § 761: wird von jemandem ein (objektiv) fremdes Geschäft . . .

schäftsführers enthaltenen objektiven und subjektiven Elemente.

Neuerdings hat Isay[1]), der ganz mit Recht die Unentbehrlichkeit des Begriffs des objektiv fremden Geschäfts betont, diesen Begriff wiederum näher untersucht. Der Grund dafür, daß alle Bestrebungen nach Auffindung der Kriterien des objektiv fremden Geschäfts ergebnislos blieben, ist nach ihm nicht darin zu suchen, daß jene Kriterien nicht existiert hätten, sondern daß man sie in einer falschen Richtung gesucht hat (S. 61). Alle Versuche gingen darauf hinaus, juristische Grenzen jenes Begriffs zu finden. Isay stellt nun zunächst fest, daß es sich bei dem Begriffe des »fremden« Geschäfts nicht um eine formaljuristische Vermögensangehörigkeit handele, daß nicht das Eigentum das für die Vermögensangehörigkeit des Geschäfts entscheidende Kriterium sei, sondern ein anderes Moment nicht-juristischer Natur (a. a. O. S. 62). Er gibt zu, daß das Kriterium der Gefahrtragung, das er kurz vorher bekämpft hat, doch in bis zu gewissem Grade berechtigter Weise für die Begriffsbestimmung des objektiv fremden Geschäfts verwendet werden könne; denn die Gefahrtragung behalte als Kriterium für die rechtliche Bestätigung jener Verkehrsanschauung, welche die Zugehörigkeit zu einer bestimmten wirtschaftlichen Interessenspähre begründe, wenn auch natürlich nicht als ausschließliches, seine Bedeutung. Nur handele es sich hierbei also nicht um rechtliche Vermögensangehörigkeit in juristischem Sinne, sondern um eine rechtlich bedeutungsvolle Vermögensangehörigkeit im wirtschaftlichen Sinne (a. a. O. S. 64). Das Ergebnis seiner Ausführungen ist, daß für die Vermögensangehörigkeit einer Handlung lediglich das sie nach der Verkehrsanschauung beherrschende wirtschaftliche Interesse, das Interesse, dem sie dient, entscheidend sei (a. a. O. S. 65). Fremd sei also ein Geschäft, wenn das es be-

[1]) Isay, a. a. O. S. 48 ff., ebenso Windscheid, a. a. O. S. 853 ff. Brückmann, a. a. O. S. 40/41; Crome § 254 Z. 2—3; vgl. auch Oertmann II S. 718 Vorbem. 3 c; ferner Richter, a. a. O. S. § 5, 6, a. A. Schulz, a. a. O. S. 38.

herrschende Interesse ein fremdes sei. Daher müsse man im einzelnen Fall feststellen, welches Interesse vom Recht als das beherrschende betrachtet werde; hierdurch erhalte die hergebrachte Unterscheidung zwischen objektiv und subjektiv fremdem Geschäfte ihren Gehalt (a. a. O. S. 65). Nach ihm liegt nun ein objektiv fremdes Geschäft dann vor, wenn ein Geschäft nach der Anschauung des Verkehrs zufolge seines Inhalts oder seines Gegenstandes von einem dem Handelnden fremden, von seinem Wollen unabhängigen Interesse beherrscht wird (a. a. O. S. 69), beim subjektiv fremden Geschäfte dagegen werde das herrschende Interesse durch den Willen des Geschäftsführers bestimmt; sein Wille sei hier lediglich konstitutives Moment (a. a. O. S. 66).

Daß Isay's Resultate die Lösung dieser Frage besonders förderten, können wir gerade nicht behaupten. Denn wenn früher die Beantwortung der Frage, wann ein objektiv fremdes Geschäft vorliegt, von den Umständen des einzelnen Falles abhing, so bleibt nach Isay die Frage, ob im gegebenen Falle die Verkehrsauffassung das die Handlung beherrschende wirtschaftliche Interesse bestimmt oder nicht. Auch bei der Isay'schen Definition hängt also die Entscheidung der Frage schließlich von der richterlichen Würdigung der Umstände ab, was seine Definition als unbrauchbar erscheinen läßt.

Wir müssen also sehen, ob wir nicht auf einem anderen Wege zum Ziele gelangen können. Im § 687 finden wir nun zwei Elemente, die für die Bestimmung des objektiv fremden Geschäfts von allerwesentlichster Bedeutung sind.

Während das BGB im § 677

1. Geschäfte, die für einen anderen besorgt werden können, kennt, kennt es im § 687:

2. Geschäfte, die a) besorgt, b) behandelt werden können.

Hierin finden wir auf den ersten Blick die gemeinrechtliche Unterscheidung des subjektiv und objektiv fremden Geschäfts wieder.[1])

[1]) cf. Brückmann, a. a. O. S. 39 ff.

Mit der im § 677 an die Spitze gestellten Bezeichnung »für einen anderen« gibt das Gesetz uns seinen Hauptbegriff. Soll ein Geschäft den Inhalt einer auftraglosen Geschäftsbesorgung bilden, so muß es für einen anderen besorgt werden. Innerhalb des umfangreichen Gebietes der »Geschäfte« erkennt das BGB aber solche an, die bereits zu einer fremden Vermögenssphäre gehören. Auch sie müssen, wenn sie besorgt werden, für einen anderen besorgt werden. Aber aus dem Begriffe »für einen anderen« wird für sie nur das Bewußtsein der Fremdheit (§ 687 Abs. 1) für erforderlich und ausreichend angesehen. Der Begriff »für einen anderen« kann eben sowohl auf »Geschäfte« im allgemeinen wie auch auf »fremde Geschäfte« im besonderen angewendet werden. Während er bei jenen seinem vollen positiven Inhalt nach anzuwenden ist, liegt er bei diesen schon vor, wenn mehr negative, im Bewußtsein ruhende Kriterien gegeben sind. Mit Brückmann[1]) kommen wir zu dem Resultat: Das BGB stellt nicht die »Geschäfte« im allgemeinen den »fremden Geschäften« gegenüber; es kennt als maßgebendes Kriterium lediglich den Begriff »für einen anderen«; aber dieser Begriff ist ein anderer, wenn es sich um Geschäfte im allgemeinen handelt, ein anderer, wenn es sich um fremde Geschäfte handelt.

Eine mit unserem Standpunkt in der Sache übereinstimmende Formulierung finden wir noch bei Bunsen.[2]) Nach ihm ist das »für einen anderen« im weitesten Sinne zu fassen. »Für einen anderen erfolgt die Geschäftsführung dann, wenn aus der Geschäftsführung die Absicht, im fremden Interesse handeln zu wollen, ersichtlich ist; es kann aber auch diese Absicht, im fremden Interesse handeln zu wollen, fehlen, wenn nur das Geschäft objektiv ein fremdes ist, es verkauft z. B. jemand eine fremde Sache, um sich zu bereichern. In diesem Falle entsteht das Rechtsverhältnis aus der Geschäftsführung, wenn er wußte, daß er ein fremdes Geschäft besorgte. War aber der Handelnde in der irrtümlichen

[1]) Brückmann, a. a. O. S. 41.

[2]) Bunsen, a. a. O. S. 276.

Meinung, daß er ein eigenes Geschäft besorge, so entsteht aus solcher Geschäftsführung ein Rechtsverhältnis nicht.«

Jetzt können wir m. E. auch die Frage beantworten, was unter dem Begriff »für einen anderen« als einen der vom Gesetze aufgestellten Erfordernisse der Geschäftsführung ohne Auftrag zu verstehen ist.

In der Literatur ist man gerade den umgekehrten Weg gegangen. Man hat bereits aus dem § 677 gefolgert, daß die Merkmale des § 687 in ihm enthalten seien.[1])

Diese Anschauung hat in den Motiven[2]) ihre bezeichnende Formulierung dahin gefunden:

»Damit daß als Erfordernis der negotiorum gestio die Besorgung des Geschäfts »für einen anderen« gesetzt wird, ist aber weiter ausgedrückt, daß der Geschäftsführer mit dem Bewußtsein und dem Willen gehandelt haben muß, das fremde Geschäft als fremdes zu besorgen «

Planck[3]) geht sogar so weit, den § 687, m. E. ungerechtfertigterweise, als vielleicht selbstverständliche und somit überflüssige Vorschrift zu bezeichnen. Wir können nicht umhin, die Frage aufzuwerfen, weshalb der Begriff »für einen anderen« nicht die rein tatsächliche Stellvertretung, das rein faktische Handeln an Stelle des anderen bedeuten kann, ohne unbedingt das Bewußtsein der Fremdheit in sich zu enthalten. So vertritt auch Hamm[4]), der sich gegen das Bestreben Zitelmann's wendet, die Berechtigung des Arztes zur Vornahme einer Operation ohne Einwilligung des Kranken für die Fälle, in welchen die Einholung nicht möglich ist, aus den Grundsätzen über die Geschäftsführung ohne

[1]) cf. Oertmann, a. a. O. S. 718 Vorbem. 3 d; Planck, a. a. O. S. 697, 698 Bem. 1 zu Abs. 1 § 687, auch Matthiaß, a. a. O. S. 684, der sofort aus dem § 677 den »Willen, das Interesse des andern vertreten zu wollen« herausliest und dann natürlich fortfährt, »damit ist auch verlangt, daß der Geschäftsführer den Willen und das Bewußtsein gehabt hat, für den anderen handeln zu wollen«.

[2]) Mugdan, a. a. O. S. 478.

[3]) Planck, a. a. O. S. 698.

[4]) Hamm, Operative Eingriffe der Ärzte, D. J. Z. 07 S. 447 ff. Gegen ihn allerdings Neumann, Jahrb. d. deutsch. Rechts, 1907.

Auftrag zu folgern, die Ansicht, daß »unter Besorgung der Geschäfte für einen anderen« doch die Besorgung an Stelle des anderen, also die Besorgung eines Geschäfts verstanden sei, das der andere, wenn er nicht verhindert wäre, selbst vornehmen würde.«

Wir wollen also den Begriff des fremden Geschäfts aus den einschlägigen Bestimmungen heraussuchen. Nach § 677 liegt Geschäftsführung ohne Auftrag nur dann vor, wenn ein Geschäft »für einen anderen« besorgt wird; hier ist der Begriff ganz allgemein ohne jede Erläuterung aufgestellt, sodaß § 677 uns also nicht weiter bringt.

Der § 687 bietet uns aber zwei Anhaltspunkte. Der § 687 Abs. 1 lautet:

»Die Vorschriften der §§ 677—686 finden keine Anwendung, wenn jemand ein fremdes Geschäft in der Meinung besorgt, daß es sein eigenes sei.«

Positiv ausgedrückt heißt dies: Geschäftsführung ohne Auftrag liegt vor, mit anderen Worten: »für einen anderen« ist das Geschäft besorgt, wenn jemand bei der Besorgung eines objektiv fremden, d. h. der Vermögenssphäre eines anderen bereits zugehörigen Geschäfts, das Bewußtsein der Fremdheit des fraglichen Geschäfts gehabt hat, das Bewußtsein, das Geschäft nicht für sich, sondern für den, den es angeht, zu besorgen, oder wie Brückmann[1]) sagt, das Bewußtsein, daß es einen anderen Eigner hat.

Dies ergibt sich auch aus dem § 686, der nur Anwendung finden kann, wenn dem Geschäftsführer die Fremdheit des Geschäfts bewußt ist; denn nur wenn fremde Geschäfte, also solche, die bereits einen Herrn haben, geführt werden, kann sich der Geschäftsführer über die Person des Geschäftsherrn im Irrtum befinden.

Liegen nun diese Voraussetzungen nicht vor, so finden die Vorschriften der §§ 677—686 keine Anwendung (§ 687 Abs. 1), d. h. eine Geschäftsführung ohne Auftrag liegt nicht vor.

[1]) Brückmann, a. a. O. S. 44.

Ist dem Geschäftsführer die Fremdheit des Geschäfts aus grober Fahrlässigkeit unbekannt geblieben, so soll nach Isay[1]) der § 687 Abs. 1 unanwendbar sein; der Geschäftsführer also wie ein die Fremdheit des Geschäfts Kennender behandelt werden. Die dafür angerufene Analogie des § 932 Abs. 2 ist m. E. nicht durchschlagend, vielmehr ist diese Ansicht als verfehlt abzulehnen, da sie mit dem Wortlaut unvereinbar ist, ferner auch sonst im BGB im allgemeinen die Gleichstellung des Kennenmüssens mit dem Kennen abgelehnt ist.[2])

Ein weiteres Erfordernis stellt der § 687 Abs. 2 auf: »Behandelt jemand ein fremdes Geschäft als sein eigenes, obwohl er weiß, daß er nicht dazu berechtigt ist, so kann der Geschäftsherr die sich aus den §§ 677, 678, 681, 682 ergebenden Ansprüche geltend machen. Macht er sie geltend, so ist er dem Geschäftsführer nach § 684 Satz 1 verpflichtet.«

Es wird hier erfordert, daß jemand »bewußt fremde Geschäfte in gewinnsüchtiger Absicht für sich« führt[3]) daß er absichtlich in eine fremde Rechtssphäre eingreift, wobei das Wissenmüssen auch hier dem Wissen nicht gleichgestellt ist.[4]) In diesem Falle widerrechtlicher Einmischung kann der Geschäftsherr gewisse Geschäftsbesorgungsansprüche geltend machen; dem Geschäftsführer stehen an sich Rechte aus der auftraglosen Geschäftsführung überhaupt nicht zu; nur in dem Falle, wo der Geschäftsherr ihn wie einen wirklichen unbeauftragten Geschäftsführer in Anspruch nimmt, gibt ihm das Gesetz wenigstens den Bereicherungsanspruch aus § 684 Satz 1. Man wird aber in Konsequenz allgemeiner Grundsätze anzunehmen haben, daß auch davon abgesehen dem Geschäftsführer immerhin die allgemeinen Bereicherungsansprüche zukommen, für ihre Versagung fehlt es an äußeren wie inneren Gründen.[5])

[1]) Isay, a. a. S. 104.
[2]) cf. Oertmann, a. a. O. S. 734, Bem. 2 zu § 687.
[3]) cf. Oertmann, a. a. O. S. 735.
[4]) Planck, a. a. O. S. 698.
[5]) Oertmann, a. a. O. S. 735 Bem 3 c.

Es verweist also der § 687 Abs. 2 auf die Vorschriften über ungerechtfertigte Bereicherung; Geschäftsführung ohne Auftrag liegt nicht vor. Ebenso entschied das gemeine Recht.[1]) Schälen wir nun wieder das positive Element aus diesem negativen Kriterium heraus, dann ergibt sich:

Geschäftsführung ohne Auftrag liegt nur dann vor, wenn jemand in eine fremde Rechtssphäre eingreift mit der Absicht, für einen anderen zu handeln, das Geschäft als fremdes, nicht als eigenes zu behandeln.

Wir kommen also zu folgendem Resultat:

Das Gesetz verlangt zum Vorliegen einer auftraglosen Geschäftsführung hinsichtlich fremder Geschäfte, daß der Führer sich der Fremdheit bewußt ist und daß er das Geschäft mit der Absicht, es nicht für sich, sondern für einen anderen, d. h. für den, den es angeht, zu besorgen, führt[2])

Das Geschäft muß für einen »anderen« besorgt werden. Es entsteht die Frage, ob der Geschäftsführer die Person des »anderen« kennen muß, um ihn in ein Gestionsverhältnis zu verstricken, ob also ein Irrtum über die Person des Geschäftsherrn dem Geschäftsführer schadet.

Für das gemeine Recht ist die Frage durchweg unbestritten. Die negotiorum gestio »braucht nicht die Hilfe für einen bestimmten Menschen zu sein. Es kommt deshalb nicht darauf an, ob der gestor den dominus kannte, für den er tätig war, es kommt auch nicht darauf an, ob er einen anderen dominus für den richtigen hielt; . . . . Es kommt der Irrtum nicht in Betracht, weil die neg. gestio eine Menschenhilfe, keine Menschenhilfe in tendenziöser Richtung auf die Person des Dominus voraussetzt.«[3])

Auch die Quellen z. B. l. 5 § 1 D. h. t.[4]) sprechen sich in diesem Sinne aus.

[1]) Windscheid, a. a. O. § 431 Note 18; ferner RG. Bd. 13 No. 43 S. 184–185; und Oertmann, a. o. O. S. 735.

[2]) cf. Brückmann, a. a. O. S. 47.

[3]) Kohler, a. a. O. S. 66, 67.

[4]) Vgl. auch Windscheid-Kipp, S. 864; Brinz, a. a. O. S. 644; Glück, S. 350, 351, auch Isay, a. a. O. S. 76 ff.

Dasselbe ist für das BGB auf Grund des § 686 anzunehmen, der sagt:

»Ist der Geschäftsführer über die Person des Geschäftsherrn im Irrtum, so wird der wirkliche Geschäftsherr aus der Geschäftsführung berechtigt und verpflichtet.«

Dieser Satz ergibt sich m. E. schon aus den allgemeinen Grundsätzen über die Geschäftsführung ohne Auftrag von selbst.[1]) Denn der § 677 verlangt nur, daß das Geschäft für »einen« anderen besorgt ist, nicht für einen bestimmten anderen, den der Geschäftsführer also gekannt haben müßte. Befand sich nun der Geschäftsführer im Irrtum über die Person des Geschäftsherrn, so ist das Geschäft trotzdem für »einen« d. h. irgend einen anderen besorgt und die Voraussetzung des § 677 erfüllt. Die Motive[2]) äußern, der Satz sei nur vorsichtshalber aufgenommen, um jedem Zweifel über die Beurteilung des Falles vorzubeugen.

Am häufigsten wird ein Irrtum über die Person des Geschäftsherrn beim objektiv fremden Geschäft vorkommen; denn beim subjektiv fremden Geschäft bestimmt ja erst die Willensrichtung des Geschäftsführers den Geschäftsherrn. Aber auch der Wille kann sich in einer falschen Richtung bewegen. Dann ist, wie Isay[3]) mit Recht sagt, wirklicher Geschäftsherr, wen der Geschäftsführer bei Kenntnis der Sachlage als Geschäftsherrn gewollt haben würde. Legt der Geschäftsführer dem Geschäftsherrn irrigerweise eine Eigenschaft bei, die ihn gerade dazu veranlaßt hat, denselben als solchen zu bestimmen, und die ein Dritter hat, so ist zu unterscheiden, ob für den Geschäftsführer die Person oder diese Eigenschaft das überwiegend bestimmende Moment war. Kam es auf die Eigenschaft an, so ist der wahre Träger der Eigenschaft Geschäftsherr. Ersteht z. B.[4]) A unter besonders günstigen Bedingungen einen alten Druck für seinen Freund B, der, wie er gehört hat, Liebhaber ist, und stellt sich heraus, daß

[1]) cf. Planck, a. a. O. S. 697.
[2]) Mugdan, a. a. O. S. 484.
[3]) Isay, a. a. O. S. 86.
[4]) Dieses Beispiel ist Oertmann, a. a. O. S. 733, entlehnt.

in Wahrheit der dem A gleichfalls befreundete Bruder des B die Liebhabereigenschaft besitzt, so ist der Bruder des B der wirkliche Geschäftsherr, da für A nicht die Person, sondern die Liebhabereigenschaft bestimmendes Moment gewesen ist,

Während negativ nach § 687 die Absicht, im Interesse eines anderen zu handeln, nicht vorhanden sein darf — in diesem Fall liegt ja auch Geschäftsführung ohne Auftrag überhaupt nicht vor — muß positiv für die Geschäftsführung ohne Auftrag diese Absicht vorhanden sein. Es wirft sich uns nun die Frage auf, ob es erforderlich ist, daß diese Absicht, für einen anderen ein Geschäft zu führen, auch kundgegeben ist. Die Motive[1]) äußern sich hierzu folgendermaßen:

» . . . . es ist selbstverständliche Voraussetzung, daß der Geschäftsführer bei der Geschäftsbesorgung seinen Willen, im Interesse des Geschäftsherrn das Geschäft zu schließen und für diesen zu handeln, nach außen kundgegeben hat, sei es gegen den Dritten oder in anderer Art in einer Weise, daß der ernste Wille, für den Geschäftsherrn zu handeln, sich zur Genüge offenbarte. Der bloß innere Wille ist .... von keiner Erheblichkeit.«

Auch die herrschende Meinung, so z. B. Matthiaß[1]), Planck[2]) betonen, daß der bloß innere Wille nicht genüge; sie halten eine Kundgebung des Willens des Geschäftsführers, »für einen anderen« zu handeln, für erforderlich; ebenso auch Isay[3]), welcher sagt: »eine rein innerlich gehegte Absicht des Gestors kann ein Geschäft nicht zu einem fremden machen.«

Dernburg[4]) sagt dagegen, man könne das Rechtsgeschäft als unmittelbarer Stellvertreter schließen, sodaß man sich dem Mitkontrahenten als unbeauftragter Vertreter zu erkennen gibt; aber auch das Geschäft in eigenem Namen eingehen,

[1]) Mugdan, a. a. O. S. 478.

[2]) Matthiaß, a. a. O. S. 684; Planck, a. a. O. S. 685.

[3]) Isay, a. a. O. S. 65.

[4]) Dernburg, BGB. a. a. O. S. 378 I 1 und Anm. 3; noch weiter gehend: Stelzner, a. a. O. S. 15.

sich also persönlich berechtigen und verpflichten, sodaß dies auf Rechnung des Geschäftsherrn gehen soll; ob dies dem Mitkontrahenten erklärt ist oder nicht, ist nichts Entscheidendes. Doch läßt sich m. E. diese scheinbar gegenteilige Ansicht ganz gut mit der herrschenden Meinung in Einklang bringen, wenn unter »Erklärung« nicht eine »ausdrückliche« Erklärung, bei einem Kaufe also z. B. die Äußerung: ich schließe den Kaufvertrag für meinen Freund ab, zu verstehen ist, sondern eine »stillschweigende« Erklärung, d. h. daß die Absicht des Geschäftsführers, für einen anderen zu handeln, aus seinem äußeren Verhalten hervorgeht: ich bringe z. B. das Kontobuch meines Freundes bei einem Wareneinkauf mit.

Daß der Geschäftsführer in einer dritten Personen erkennbaren Weise für den Geschäftsherrn handelt, ist m. E. keineswegs erforderlich. Das würde weder der bisherigen Lehre noch der Analogie des Auftrags, noch endlich dem Wortlaut des Gesetzes entsprechen.[1]) Allerdings muß aber die Absicht der Geschäftsbesorgung für den bestimmten anderen irgendwie zu erweisen sein.[2])

Dieser Beweis wird natürlich bei Besorgung eines objektiv fremden Geschäfts, das von vornherein einer fremden Vermögenssphäre angehört, ganz bedeutend leichter sein, als bei Besorgung eines subjektiv fremden Geschäfts, dem die Vermögenszugehörigkeit erst durch die Richtung gebende Absicht des Geschäftsführers gegeben wird.

Was die Beweislast anbetrifft, so ist m. E. daran festzuhalten, daß auf alle Fälle dem Geschäftsführer die Pflicht obliegt, seinen Geschäftswillen zu beweisen.[3])

Es bleibt jetzt noch kurz zu erwähnen, wieweit die Absicht des Geschäftsführers, zugleich in seinem eigenen Interesse das Geschäft zu führen, beachtlich ist. Der Entwurf I § 759[4]) sprach ausdrücklich aus, daß die Anwendung der Vorschriften der §§ 749—758 nicht dadurch ausgeschlossen werden sollte, daß »der Geschäftsführer zu der

[1]) cf. Oertmann, a. a. O. S. 718.
[2]) cf. l. 5 § 11 (9) cit.
[3]) Brückmann, a. a. O. S. 54, 55; Oertmann, a. a. O. S. 718.
[4]) Mugdan, a. a. O. S. 485.

Geschäftsbesorgung durch ein eigenes Interesse oder durch das Interesse eines Dritten bestimmt worden sei«.

So war es auch im gemeinen Recht[1]). Doch hat die II. Kommission[2]) diese Bestimmung mit Recht gestrichen, »da das Interesse, welches der Geschäftsführer an der Ausführung des Geschäftes habe, nur einen Beweggrund zu seinem Handeln darstelle und deswegen schon aus allgemeinen Gründen keine Beachtung finde«.

Aus § 687 BGB. geht hervor, daß Geschäftsführung ohne Auftrag nicht vorliegt, wenn der Geschäftsführer ein fremdes Geschäft als eigenes geführt hat. Hiervon werden die Fälle aber nicht betroffen, wo jemand aus Egoismus ein fremdes Geschäft führt, aus Egoismus, »dessen Produkt eine im Effekt altruistische Geschäftsführung ist«[3]). Es kann eine Gestionshandlung, deren Quelle reiner Eigennutz ist, einen rein altruistischen Effekt im Gefolge haben. Wenn ich z. B. für meinen Onkel, dessen einziger Erbe ich bin, um ihm aus seiner augenblicklichen pekuniären Notlage zu helfen, eine glückliche Spekulation unternehme, so habe ich sicherlich in meinem eigenen Interesse gehandelt; aber »der positive Erfolg ist Menschenhülfe;«[4]) m. a. W. es liegt doch auftraglose Geschäftsführung vor. Es kommt nicht auf das Interese an, sondern darauf, ob das Geschäft selbst als eigenes oder fremdes geführt wird[5]).

So verhält es sich auch, wenn der Geschäftsführer auf Grund eines Mandats für einen Dritten tätig wird. Wird er nur als Mandatar tätig, so entsteht auch nur ein Rechtsverhältnis zwischen ihm und seinem Mandanten. Will er aber zugleich auch für den Dritten tätig werden, so erlangt er somit auch Ansprüche gegen diesen aus auftragloser Geschäftsführung. Dies offenbart sich so recht in der Mög-

[1]) Windscheid, a. a. O. § 431 Nr. 4 S. 867 ff.

[2]) Mugdan, a. a. O. S. 1202.

[3]) Brückmann, a. a. O. S. 55, cf. auch Dernburg, a. a. O. S. 380 und Crome, a. a. O. S. 632.

[4]) Brückmann, a. a. O. S. 55.

[5]) Oertmann, a. a. O. S. 735 Bem. 3 dβ.

lichkeit, die Kohler[1]) betont, daß »der Gestor geradezu das Mandatsverhältnis ablehnt, um sich lediglich dem Interesse des Dritten zu widmen«, z. B. der vom Hotelier gerufene Arzt erklärt letzterem, »er wolle nichts mit ihm zu tun haben, aber er werde den fremden Patienten verpflegen«. In solchen Fällen ist dem Mandat keine weitere Bedeutung beizumessen, es bildet lediglich die äußere Veranlassung für die Gestionstätigkeit. Ganz besonders deutlich wird dies auch zutage treten, wo der Mandant aus eigenem Recht gar nicht gültig hinsichtlich der Angelegenheiten des anderen mandieren kann[2]).

Die Voraussetzung, daß ein Geschäft »für einen anderen« besorgt ist, ist selbstverständlich dann nicht ausreichend erfüllt, wenn die realen Tatsachen dem entgegenstehen, d. h. wenn das für fremd gehaltene Geschäft in Wahrheit ein eigenes des Führers ist. Denn hier fehlt die zur Entstehung eines Schuldverhältnisses notwendige Verschiedenheit des Berechtigten und Verpflichteten[3]). So liegt in den zwecks Löschung eines Brandes gemachten Aufwendunen keine Besorgung eines Geschäfts für den durch den Brand Geschädigten, wenn der Aufwendende der Meinung war, zu seiner Tätigkeit (Wasserlieferung) einem Dritten (dem Staate Bremen) gegenüber verpflichtet zu sein, somit nur die eigene Vertragspflicht diesem gegenüber erfüllen wollte. Der Geschäftsführer besorgt vielmehr nur sein eigenes Geschäft. Ein Irrtum über den Umfang seiner Vertragspflicht ändert hieran nichts, denn der Irrtum würde sich nur auf die Verpflichtung zu der betreffenden Aufopferung, nicht auf die Verpflichtung zur Besorgung der fremden Angelegenheiten bezogen haben[4]).

Daß die Erfüllung (oder Übernahme) einer Verbindlichkeit eigene Geschäfte auch dann sind, wenn sie dem

[1]) Kohler, a. a. O. S. 85.

[2]) cf. Brückmann, a. a. O. S. 57 und seine weiteren Ausführungen.

[3]) Oertmann, a. a. O. S. 717 Bem. 3 a.

[4]) Dies Beispiel ist RG in Gruchot's Beiträgen, Bd. 52, 997 entnommen.

Empfänger ausschließlich dienen, hebt auch Neumann[1]) mit Recht hervor.

Ist das besorgte Geschäft teils ein eigenes, teils ein fremdes, so liegt m. E. kein Grund vor, für den Teil des Aktes, der für den anderen vorgenommen war, die Vorschriften über auftraglose Geschäftsführung nicht zur Anwendung zu bringen[2]). Es ist einerlei, ob das gemeinsame Geschäft im übrigen als teilbares anzusehen ist oder nicht. Der Zweifel einiger römischer Juristen, ob nicht für den Miteigentümer die actio communi dividundo den Vorzug verdiene, hat für das heutige Recht jede Bedeutung verloren, da er nur prozessualisch-technischer Natur war. Soviel ist allerdings richtig, daß in den Fällen der Gemeinschaft die in mehrfacher Beziehung weitergehenden Vorschriften der §§ 741 ff. anzuwenden sind; im übrigen bleibt es aber, auch für die Gemeinschaft bei den Vorschriften der Geschäftsführung ohne Auftrag[2]).

§ 4.

„Ohne Auftrag oder sonstige Berechtigung." (Das negative Kriterium).

Das letzte Begriffsmerkmal der auftraglosen Geschäftsführung bringt uns der § 677 in negativer Fassung:

Der Geschäftsführer darf nicht von dem Geschäftsherrn beauftragt oder ihm gegenüber sonst zur Geschäftsbesorgung berechtigt sein.

Während nach dem prätorischen Edikt »si quis negotia alterius gesserit« die beiden Begriffsmerkmale der »Geschäftsbesorgung« »für einen anderen« zur Entstehung der obligatio negotii gesti ursprünglich genügten, ist im gemeinen Recht, wie wir gesehen haben, schon ein drittes Begriffsmerkmal vorhanden, das man im Laufe der Zeit unberechtigter Weise hineininterpretiert hat.

[1]) Neumann, Handausgabe a. a. O. S. 418.

[2]) Vgl. auch Oertmann, a. a. O. S. 718; auch Richter, a. a. O. S. 36.

Dernburg[1]) definiert:

»Die Geschäftsführung muß eine auftraglose sein, d h. sie darf nicht in einer Verpflichtung gegenüber dem Geschäftsherrn ihre Veranlassung haben, also weder auf einem Mandat desselben noch auf einer Vormundschaft beruhen«.

Im wesentlichen derselbe Begriff ist es, der sich im BGB. wiederfindet. Im Entwurf I lautete die Fassung allerdings »ohne Auftrag und ohne Amtspflicht;«[2]) doch nahm die Kommission an, daß die Fassung durch diesen Zusatz zu eng werde und zu Mißverständnissen Anlaß geben könne, weil wie der Auftrag auch der Dienst- und Werkvertrag ausdrücklich ausgeschlossen werden müsse, und die Erwähnung der Amtspflicht, soweit es sich um Fälle des öffentlichen Rechts handle, außerhalb des Bereiches des BGB liege, andererseits aber auch insofern eine Ungenauigkeit enthalte, als sie die hierher gehörige elterliche Gewalt nicht mit umfasse. Die Ausdrucksweise des Entwurfs setze das ganze Verhältnis nicht in die richtige Beleuchtung. Eine negotiorum gestio werde nicht anzunehmen sein, wenn jemandem eine Ermächtigung erteilt sei, die ihn zur Übernahme nicht verpflichten soll, und er hinterher davon Gebrauch mache.[2]) Auf Grund der Beschlüsse der zweiten Kommission wurde dem Gesetze von der Redaktionskommission die jetzige Fassung gegeben: »ohne beauftragt oder ihm gegenüber sonst dazu berechtigt zu sein.«

Aus dieser Fassung geht klar hervor, daß negotiorum gestio nicht vorliegt:

1) wenn der Handelnde durch einen Vertrag, z. B. durch einen Auftrag, Dienst-, Werk-, Mäklervertrag usw., zum Eingreifen berechtigt oder verpflichtet ist; »Auftrag« in diesem Zusammenhange ist nämlich im weitesten Sinne zu verstehen, keineswegs bloß als unentgeltlich übernommener;[3])

[1]) Dernburg, Pand. Bd. II S. 325 sub b.
[2]) Mugdan, a. a. O. S. 478.
[3]) cf. Dernburg, BGB. a. a. O. S. 379.

2) wenn er auf Grund gesetzlicher Bestimmung zur Vertretung des anderen berufen ist z. B. als Träger der elterlichen Gewalt, als Vormund, Pfleger, Konkurs- oder Nachlaßverwalter;

3) wenn er durch eine Amtspflicht veranlaßt ist, für den anderen zu handeln, auch wo sie nicht gerade eine gesetzliche Vertretung enthält, z. B. wenn ein deutscher Konsul den Nachlaß eines in seinem Amtsbezirke verstorbenen Deutschen im Interesse der Erben in Besitz zu nehmen, zu liquidieren und zu verwalten hat.[1]) Denn in der Pflicht liegt auch natürlich das im § 677 geforderte Recht den Interessenten gegenüber, so für sie zu handeln.[2])

Dagegen wird die Anwendbarkeit der Vorschriften über neg. gestio nicht dadurch ausgeschlossen, daß der Geschäftsführer durch die einem Dritten gegenüber bestehende Pflicht zum Eingreifen und zum Handeln veranlaßt wird, sofern nur dadurch der Geschäftsherr nicht gerade ein Recht darauf erlangt und der Geschäftsführer nicht lediglich als Gehilfe oder Vertreter des Dritten gehandelt hat. Für diesen Fall bestimmte der erste Entwurf § 760[3]) ausdrücklich: »Wenn jemand ein fremdes Geschäft im Auftrage eines Dritten besorgt, so wird ihm der Geschäftsherr und er dem letzteren aus der Geschäftsbesorgung nicht verpflichtet, es sei denn, daß er zugleich in der Absicht gehandelt hat, als Geschäftsführer des Geschäftsherrn das Geschäft zu besorgen.«

Die Kommission hat diese Bestimmung gestrichen,[4]) »da die Klarstellung des Verhältnisses, welches entstehe, wenn jemand ein fremdes Geschäft im Auftrage eines Dritten besorge und welches allerdings zu Zweifeln Anlaß geben könne, bei der geringen praktischen Bedeutung der Frage zweckmäßig der Wissenschaft überlassen werden könne.« Danach liegt also eine neg. gestio nicht vor, wenn der

[1]) Mugdan, a. a. O. S. 478; Planck, a. a. O. S. 680 Bem. III 2.
[2]) Oertmann, a. a. O. S. 719. sub 5 c.
[3]) Mugdan, a. a. O. S. CXXXVII.
[4]) Mugdan, a. a. O. S. 1202.

Handelnde ausschließlich als Beauftragter des Dritten tätig wird.[1])

Dagegen entspricht es der herrschenden und m. E. richtigen Meinung des gemeinen Rechts ebenso sehr, daß wenn der Handelnde einem Dritten gegenüber zum Eingreifen für den Geschäftsherrn verpflichtet war, oder wenn er einem Dritten versprochen hatte, für einen anderen tätig zu werden, doch neg. gestio vorliegt.[2])

Dies trifft für das BGB ebenso zu; denn die Voraussetzung, daß der Geschäftsführer für einen anderen handelt, ohne ihm gegenüber dazu berechtigt zu sein, ist ganz augenscheinlich erfüllt. Der Ausdruck für einen »anderen« bezieht sich nur auf den Geschäftsherrn. Dabei macht es ebensowenig einen Unterschied, ob der Gestor dem Dritten gegenüber durch Vertrag oder Gesetz verpflichtet ist, und ob der Dritte ein Privatmann oder die Obrigkeit ist.[3]) So bestimmt auch ausdrücklich l. 3 § 10 D. h. t.: »hac actione tenetur non solum is, qui sponte et nulla necessitate cogente immiscuit se negotiis alienis et ea gessit, verum et is, qui aliqua necessitate urgente vel necessitatis suspicione gessit«.[4]) Es liegt also auch neg. gestio vor, wenn ich z. B. von der Polizeibehörde, weil ich prima facie dazu verpflichtet, zu einer Handlung z. B. Räumung eines Gartens angehalten werde und das mir Auferlegte »auf Rechnung dessen, dem es obliegt« ausführe.[5])

Ob das Rechtsverhältnis, auf Grund dessen der Geschäftsführer zur Übernahme des Geschäfts dem Dritten gegenüber verpflichtet war, gültig ist oder nicht, ist für die Annahme einer Geschäftsführung ohne Auftrag bedeutungslos. Auch wer auf Grund des Auftrags eines Geschäftsunfähigen oder beschränkt Geschäftsfähigen handelt, ist »auftragloser

[1]) cf. Windscheid, a. a. O. § 431, 2 S. 865 ff. Dernburg, Pand. Bd. II § 122 Note 2, 3.

[2]) cf. Dernburg, Pand. II S. 325, 326 und N. 9 und N. 2, 3.

[3]) cf. Oertmann, a. a. O. S. 719.

[4]) vgl. auch l. 3 § 4 cit.

[5]) Dies Beispiel ist Dernburg, BGB. a. a. O. S. 381 A. 2 entnommen.

Geschäftsführer«. Nicht minder derjenige, der den ihm erteilten Auftrag überschreitet.[1]) Daher hat z. B. ein Arzt, der einem Kranken im Auftrage der Frau desselben, die aber wegen Geisteskrankheit entmündigt ist, was er nicht weiß, Hilfe angedeihen ließ, gegen den ärztlich Behandelten einen Anspruch aus auftragloser Geschäftsführung.[2]) Ebenfalls wenn ein Arzt im Verlauf einer Patientenbehandlung eine Operation vornimmt, wozu er nicht beauftragt war.

Ferner wird die Geschäftsführung ohne Auftrag nicht dadurch ausgeschlossen, daß man sich irrtümlicherweise dem Geschäftsherrn gegenüber zum Eingreifen für berechtigt oder verpflichtet hielt: z. B. der an A bestimmte Auftrag wird versehentlich an B übermittelt, und dieser handelt nun in dem Glauben, wirklich beauftragt zu sein.[3]) So war es auch schon im gemeinen Recht.[4]) Der Entwurf gibt über diesen Fall keine Bestimmung. »Wenn sich auch kaum in Zweifel ziehen lasse, daß solchenfalls eine negotiorum gestio vorliege, so bleibe die Beurteilung, insbesondere des Grades der Haftung, doch besser der Rechtswissenschaft überlassen.[5]) M. E. hat der Geschäftsführer bei einem solchen Irrtum stets alle Pflichten des Gestors, er haftet auch dann, wenn er ohne Verschulden in diesem Irrtum sich befand, für jeden Grad der Fahrlässigkeit, auch wenn er aus einem Rechtsgrunde sich für verpflichtet erachtete, wonach er nur grobe Fahrlässigkeit oder diligentia quam in suis zu vertreten verbunden wäre, denn wer sich in fremde Angelegenheiten einmischt, handelt auf seine Gefahr.[6])

Windscheid[7]) scheidet hiervon mit Recht den Fall, wo

[1]) Dernburg, BGB. a. a. O. S. 379 Anm. 8.

[2]) vgl. l. 6 § 2 D. de neg. gestis 3,5: si quis pecuniam vel aliam quandam rem ad me perferendam acceperit, quia meum negotium gessit, negotiorum gestorum mihi actio adversus eum competit.

[3]) cf. Oertmann, a. a. O. S. 720.

[4]) cf. Windscheid, a. a. O. § 431 sub 1 S. 864 ff.; Sächs. BGB. § 1339 (Ausgabe von Wengler).

[5]) Mugdan, a. a. O. S. 484.

[6]) cf. Planck, a. a. O. S. 686 c.

[7]) Windscheid, a. a. O. § 430 Anm. 15.

man eine besondere Leistung an den Geschäftsherrn in dem Glauben vollzog, dazu verpflichtet zu sein: mit Erfüllung einer Pflicht führt man selbstverständlich an sich nur ein eigenes Geschäft, nicht ein solches des Empfängers (vergl. das Beispiel Seite 44, 45), nicht die Leistung, sondern erst das Geleistete gehört in dessen Vermögensbereich; es sei denn, daß die Leistung selbst bereits an Vermögensstücken des anderen vorgenommen wird [1])

An dieser Stelle halten wir es auch für angebracht, auf die bisher bestrittene Frage einzugehen, ob dem öffentlichen Armenverbande, der gemäß § 28 des Gesetzes vom 6. Juni 1870 einen Hilfsbedürftigen vorläufig unterstützt, gegen die unterhaltspflichtigen Verwandten des von ihm unterstützten Armen die Ansprüche aus der Geschäftsführung ohne Auftrag zustehen.

Hat der Armenverband geglaubt, primär verpflichtet zu sein, so ist die Frage nach § 687 Abs. 1 zu verneinen, denn insofern hat er weder die Absicht gehabt noch auch nur das Bewußtsein, für die Unterhaltspflichtigen zu handeln; allerdings dürften bloße Zweifel über das Vorhandensein von anderen Unterhaltspflichtigen nicht zum Ausschluß eines Anspruchs aus auftragloser Geschäftsführung genügen.[2])

Aber auch in dem Falle, daß der öffentliche Armenverband wußte, daß andere zunächst in Frage kommende Unterhaltspflichtige vorhanden seien, läßt sich ein Ersatzanspruch aus auftragloser Geschäftsführung nicht konstruieren. Denn der Verband ist gesetzlich dazu verpflichtet, Mittellosen Unterhalt zu gewähren; in solchem Falle handelt er aber, wie wir gesehen haben, nicht als negotiorum gestor. Daß ein privatlicher Anspruch gegen den zur Unterstützung Verpflichteten auf Grund der §§ 677 ff. BGB nicht begründet ist, geht m. E. auch aus art. 103 E. G. z. BGB. hervor, der sagt: »Unberührt bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften, nach welchen der Staat sowie Verbände und Anstalten, die auf Grund des öffentlichen Rechts zur Gewährung

[1]) cf. Oertmann. a. a. O. S. 720; Planck, a. a. O. S. 686 c.
[2]) Oertmann, a. a. O. S. 719.

von Unterhalt verpflichtet sind, Ersatz der für den Unterhalt gemachten Aufwendungen von der Person, welcher sie den Unterhalt gewährt haben, sowie von denjenigen verlangen können, welche nach den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches unterhaltspflichtig waren.« Denn wenn derartige landesgesetzliche Vorschriften ausdrücklich neben dem BGB bestehen bleiben sollen, so werden sich aus dem BGB selbst wohl derartige Vorschriften nicht ableiten lassen, anderenfalls würde die Aufrechterhaltung unnütz und irreführend sein. Die Vermutung spricht doch vielmehr hierfür, als daß man dem BGB den Vorwurf machen sollte, es enthalte etwas Überflüssiges. Und so hat denn auch Oertmann,[1]) der Hauptvertreter der gegenteiligen Ansicht, in seiner 2. Auflage seinen Erklärungsversuch, der Vorbehalt habe insofern Bedeutung, als er für jene Landesrechte jedweden Zweifel von vornherein ausschließe, und außer Frage stelle, daß wegen der Regelung im einzelnen das bisherige Recht maßgebend bleibe, für nicht befriedigend erklärt. Wir können daher auf eine Widerlegung verzichten. Die herrschende Meinung beantwortet jetzt auch die Frage in verneinendem Sinne.[2])

Nur auf Grund positiver Gesesetzesvorschrift des § 62 des Reichsgesetzes über den Unterstützungswohnsitz vom 6. Juni 1870 ist dem Armenverband, der auf Grund des zitierten Gesetzes einen Hilfsbedürftigen unterstützt hat, ein unbedingter Ersatzanspruch gegen den Unterhaltspflichtigen im Rahmen von dessen vorhandener Verpflichtung gegenüber dem Unterstützten zugebilligt.

Ob dies nun ein erweiterter Geschäftsführungsanspruch sei, ist bestritten, muß jedoch in Konsequenz unserer Ausführungen, daß Geschäftsführung ohne Auftrag überhaupt nicht vorliegt, verneint werden, da von einem Geschäftsführungsanspruch mithin gar nicht gesprochen werden kann. Ein Ersatzanspruch des Armenverbandes gegen den unterstützten nachträglich zu Vermögen gekommenen Armen läßt sich m. E. gleichfalls nicht konstruieren auf Grund auftrag-

[1]) Oertmann, a. a. O. S. 720.

[2]) cf. Dernburg, BGB. a. a. O. S. 380; Planck, a. a. O. S. 680.

loser Geschäftsführung. Das Gesetz über den Unterstützungswohnsitz läßt die Frage ausdrücklich offen.[1]) Es kommt also jetzt in dieser Beziehung das BGB zur Anwendung. Zur Verneinung des Ersatzanspruchs kommen wir zunächst wieder aus demselben Grunde wie vorher, daß nämlich die Konservierung des Landesrechts in art. 103 EG. z. BGB keinen Sinn hätte, wenn der Ersatzanspruch schon ein kraft Reichsrechts bestehender wäre. Zweitens ist dem Armenverband ein Ersatzanspruch aus Geschäftsführung ohne Auftrag nicht gegeben, weil der Armenverband nicht die Absicht gehabt hat, die Geschäfte des Armen zu führen, ihm liegt eine privatrechtliche neg. gestio, also auch die Absicht, das Gezahlte später von dem Unterstützten zurückzufordern, völlig fern. Er hat vielmehr eine öffentliche rechtliche Unterstützungspflicht erfüllen müssen und wollen. Auch die Vorschriften über ungerechtfertigte Bereicherung begründen keine Rückzahlungspflicht; denn wenn der Armenverband auf Grund öffentlich rechtlicher Verpflichtung geleistet hat, so leistete er nicht ohne rechtlichen Grund.[2])

Handelt umgekehrt jemand als Geschäftsführer ohne Auftrag für den Staat oder eine andere Anstalt des öffentlichen Rechts z. B. einen Armenverband, indem er Verpflichtungen erfüllt, welche dieser nach den Bestimmungen des öffentlichen Rechts obliegen, so kann er selbstverständlich gegen diesen, vorbehaltlich etwaiger Sondervorschriften von Spezialgesetzen, auf Grund auftragloser Geschäftsführung klagen.[3])

Hiermit sind die begrifflichen Voraussetzungen der auftraglosen Geschäftsführung erschöpft; sind sie gegeben, so ist die Geschäftsführungsklage — die actio negotiorum gestorum directa — dem Herrn erwachsen.

Damit der Geschäftsführer aber auch seinerseits mit

---

[1]) Wohlers u. Krech, Reichsgesetz über den Unterstützungwohnsitz 1901, § 28 Anm. 27.

[2]) Seuffert's Archiv, Bd. 63 S. 446 ff. 448 (1908).

[3]) cf. Planck, a. a. O. S. 680; Dernburg, a. a. O. S. 380 Anm. 13 Just. Min. Bl. 1898 S. 187.

der Geschäftsführungsgegenklage — der actio negotiorum gestorum contraria — gegen den Geschäftsherrn Ansprüche aus der Geschäftsführung geltend machen kann, müssen noch besondere Voraussetzungen erfüllt sein, die wir im folgenden näher untersuchen wollen.

§ 5.

Die Übernahme der Geschäftsführung muß a) dem Interesse und b) dem wirklichen oder mutmaßlichen Willen des Geschäftsherrn entsprechen.

Im § 683 BGB sind uns die besonderen Voraussetzungen gegeben, die erfüllt sein müssen, wenn der Gestor Ansprüche gegen den Dominus geltend machen will; denn § 683 bestimmt:

»Entspricht die Übernahme der Geschäftsführung dem Interesse und dem wirklichen oder mutmaßlichen Willen des Geschäftsherrn, so kann der Geschäftsführer wie ein Beauftragter Ersatz seiner Aufwendungen verlangen.«

Doch wollen wir zunächst das frühere Recht ins Auge fassen. Das römische Recht gewährte dem negotiorum gestor die actio negotiorum gestorum contraria nur, wenn er »utiliter« geriert hatte, wenn das ausgeführtte Geschäft ein »negotium utiliter gestum« war[1]). Was unter einem »negotium utiliter gestum« zu verstehen sei, sagen die Quellen nicht. So ist es denn nicht zu verwundern, wenn der Begriff des negotium utiliter gestum im gemeinen Recht ein viel umstrittener gewesen ist.

Eine Anzahl älterer Juristen[2]) gibt dem Geschäftsführer die actio neg. gest. contraria dann, wenn er durch seine Geschäftsführung den Nutzen des Geschäftsherrn wirklich

[1]) cf. l. 10 § 1 D. de neg. gest. 3,5: Is enim negotiorum habet actionem, qui utiliter negotia gessit.

[2]) Glück, Komm. Bd. 5 S. 351 ff., Mühlenbruch, Lehrb. d. Pand. Bd. II § 435 Anm. 11.

befördert hat; wobei es durchaus nicht darauf ankommt, ob der erlangte Vorteil später wieder verloren gegangen sei oder nicht. Wir finden hier eine von den sog. objektiven Theorien vertreten, die nur entscheidend sein lassen, was dem objektiven Interesse des dominus gerecht wird, ohne sich weiter um sein subjektives Interesse, seinen Willen, zu kümmern. Andere Autoren geben dem Gestor schon dann von vornherein die actio contraria, wenn er nur die Absicht hatte, notwendige oder nützliche Geschäfte für den dominus zu besorgen, also seinen Nutzen zu befördern, ohne Rücksicht auf etwaigen Erfolg. So kommt es z. B. nach Sintenis[1]) nur darauf an, daß die Besorgung des Geschäfts vom Geschäftsführer in verständiger und angemessener Weise erfolgt sei, daß die Handlung selbst als notwendig oder nützlich zu betrachten gewesen sei, ob der Erfolg dem entsprochen habe, sei gleichgültig.

Daß diese Auffassungen unhaltbar sind, geht schon aus dem Zweck des ganzen Instituts hervor. »Menschenhülfe« könnte man es schon nicht mehr nennen, wenn jeder Mensch genötigt sei, sich auf jede nützliche oder auch nur vonseiten des Geschäftsführers für nützlich gehaltene Geschäftsführung einlassen zu müssen und somit den Nützlichkeitsansichten anderer und einer unglaublichen Beschränkung seiner persönlichen Entschließungsfreiheit ausgesetzt zu sein.[2]) Der Bauer müßte sich, wie Ruhstrat[3]) mit Recht erwähnt, den vorteilhaften Ankauf einer juristischen Bibliothek gefallen lassen, der Offizier sich für den gewinnversprechenden Ankauf einer Schweineherde dankbar bezeigen, der Gartenliebhaber müßte den Gestor für die Verwandlung seiner kostbaren Parkanlagen in nützliche Kartoffelfelder entschädigen.

Die Anhänger dieser »Nützlichkeitstheorie« haben denn auch ihre Gegner gefunden.

[1]) Sintenis, Das prakt. gemeine Civilrecht, Bd. II § 114 S. 583 ff. insbesondere S. 586. Unterholzner. R. d. Schuldverh. Bd. II S. 609. III.

[2]) cf. Wächter, Beiträge zur Lehre von der neg. gest., im Arch. f. ziv. Praxis Bd. 20; Chambon, a. a. O. S. 63 ff.; Ruhstrat, Arch. f. ziv. Pr. Bd. 32 S. 179 ff; v. Vangerow, Pand. Bd. III S. 502 ff. S. 506, N. 3.

[3]) Ruhstrat, Arch. f. ziv. Pr. Bd. 32 S. 179 ff.

Wächter[1]) sucht den Begriff des negotium utiliter gestum auf die necessitas, die objektive Notwendigkeit, zu gründen. Nach ihm liegt eine den Geschäftsherrn verpflichtende neg. gestio nur dann vor, wenn die vom Geschäftsführer für den Geschäftsherrn vorgenommene Handlung eine res necessaria war, d. h. notwendig geschehen oder wenigstens versucht werden mußte, um drohenden Schaden abzuwenden. Andere z. B. Vangerow betonen auch noch, daß der Geschäftsherr verhindert sein muß, sein Interesse selbst zu wahren.

Nun ist zwar zuzugeben, daß die Besorgung notwendiger Geschäfte vor allem für den Geschäftsherrn im allgemeinen nützlich sein wird; indessen keineswegs immer, wie aus l. 10 § 1 D. h. t. hervorgeht. Hat der Geschäftsherr das Haus, welches der Gestor repariert hat, absichtlich ohne Stützen gelassen, weil er es der aufzuwendenden Kosten nicht für wert erachtet hat, oder weil es für ihn ohne Nutzen ist, so war die Ausbesserung für ihn sicherlich nicht ein »negotium utiliter gestum«, während es vom Standpunkt des Geschäftsführers ein notwendiges Geschäft war.

Wächter[2]) selbst macht denn auch die Einschränkung, daß, wenn eine res necessaria vorliegt, eine Verpflichtung des Geschäftsherrn doch immer nur dann entsteht, »wenn der gemachte Aufwand den Verhältnissen des Geschäftsherrn angemessen und das Unternommene wirklich seinen Plänen und Absichten nicht geradezu in der Art entgegen ist, daß der Gestor sich einer Sache annahm, welche der Dominus

[1]) Wächter, a. a. O. S. 346 ff., S. 350; Spalding, Begriff des neg. utiliter gestum, Greifswald 1895, S. 14 ff.. v. Vangerow, a. a. O. Bd. III § 664 S. 607; Leist, Das erlaubte ungerufene Eingreifen in fremde Vermögensangelegenheiten, 1855, S. 156 ff.

Die Objektive Notwendigkeit wird auch betont im A. L. R. I, 13 § 234: »Wer die Geschäfte eines anderen zur Abwendung eines nach vernünftigen und wahrscheinlichen Gründen bevorstehenden Schadens besorgt, ist berechtigt zu erwarten, daß der Eigentümer solches genehmigen werde. (Koch, Allg. Landrecht S. 197). Doch wird im preuß. Recht das rein objektive Prinzip nicht festgehalten. Vgl. Förster-Eccius, Pr. Privatrecht Bd. II S. 462 Note 44: »objektiv, aber nicht abstrakt, d. h. es kommt immer noch auf die konkreten Verhältnisse an«.

[2]) Wächter, Arch f. ziv. Pr. Bd. 20, S. 351. 352.

zu Grunde gehen oder in durchaus unverändertem Zustande lassen wollte.« Damit gibt er selbst zu, daß die Utilität eines Geschäfts nicht nach rein objektiven Merkmalen bestimmt werden darf, sondern daß auf die subjektiven Anschauungen des Geschäftsherrn Rücksicht zu nehmen ist. Er kommt den subjektiven Theorien mit dieser Einschränkung einen gewaltigen Schritt entgegen.

Die herrschende Ansicht geht denn nun auch dahin, daß ein neg. utiliter gestum nur vorliegt, wenn das subjektive Interesse, der Wille des Dominus berücksichtigt worden ist. Chambon[1]) sagt: »Der Wille des Dominus, sofern derselbe sich durch Worte oder Handlungen zu erkennen gegeben hat, ist daher die nächste Richtschnur, welcher der gestor folgen muß. Es ist seine Pflicht, diesen Willen zu erforschen; gelingt ihm dieses aber nicht, so ist es die Individualität, die Stellung und die übrigen Verhältnisse, die er in Erwägung ziehen und wonach er seine Tätigkeit einrichten muß.« Nach Dernburg[2]) liegt ein neg. utiliter gestum vor, sofern der gestor annehmen konnte und mußte, daß der Geschäftsherr das Geschäft, wenn er in der Lage zu handeln gewesen wäre, selbst in Angriff genommen hätte.

Von diesen gemeinrechtlichen Theorien verdient m. E. die subjektive den Vorzug, da sie am besten, oder richtiger gesagt, besser dem Zweck des Instituts gerecht wird.

Wir wollen nun untersuchen, welchen Weg das BGB eingeschlagen hat. Es wird auf Grund der Motive häufig behauptet, daß das BGB den subjektiven Standpunkt vertrete. Das trifft aber m. E. nicht zu, sondern es hat den goldenen Mittelweg eingeschlagen, um so das Problem am glücklichsten zu lösen. Der erste Entwurf hatte im § 753 die vorliegende Frage geregelt. Die Motive[3]) bemerken hierzu: »Der § 753 bestimmt über die mit der actio contraria geltend zu machenden Ansprüche des Geschäftsführers, bezw. über die Erfordernisse der actio contraria. Letztere hat zur Vorraussetzung, daß

[1]) Chambon, a. a. O. S. 71.
[2]) Dernburg, Pand. Bd. II § 122, S. 327.
[3]) Mugdan, a. a. O. S. 480, 481.

das negotium utiliter gestum ist. In Beantwortung der Frage aber, was utiliter gestum sei, folgt der Entwurf prinzipiell dem streng subjektiven Prinzipe, wonach die actio contraria, ohne Unterschied zwischen notwendigen und nützlichen oder vorteilhaften Geschäften bezw. Aufwendungen oder zwischen objektiv und subjektiv fremden Geschäften, abhängig ist davon, daß das Eingreifen in die Geschäfte eines anderen an sich, wie die Art und Weise der Geschäftsbesorgung, den wirklichen, nicht bloß den bei Anwendung der gebührenden Sorgfalt erkennbaren, Intentionen des Geschäftsherrn bezw. des gesetzlichen Vertreters desselben entsprochen hat. Diese Voraussetzung drückt der Entwurf damit aus, daß dem Geschäftsführer der Anspruch nur zugesprochen wird, wenn und soweit er dergestalt gehandelt hat, daß anzunehmen ist, es würde sein Verhalten vom Geschäftsherrn bei Kenntnis der wirklichen Sachlage gebilligt worden sein. Es tritt noch mehr hervor durch die Beifügung der bloßen Vermutung, daß der Geschäftsherr das Angemessene gebilligt haben würde (Abs. 2).

Die II. Kommission[1]) hat das subjektive Element auf die Übernahme der Geschäftsführung beschränkt. Es soll nur darauf ankommen, ob die Übernahme der Geschäftsführung unter Berücksichtigung der besonderen Zwecke und Verhältnisse des Geschäftsherrn dem Interesse desselben entsprochen hat, also ob anzunehmen ist, daß der Geschäftsherr, wenn er hätte gefragt werden können, das Unternehmen des Geschäftsführers mit der generellen Anweisung genehmigt haben würde, bei der Ausführung des Unternehmens nach pflichtgemäßem Ermessen zu verfahren.

Nach Maßgabe dieser Beschlüsse, die für das BGB vorbildlich gewesen sind, bestimmt der § 683, daß die Übernahme der Geschäftsführung dem Interesse und dem wirklichen oder mutmaßlichen Willen des Geschäftsherrn entsprechen müsse. Aus dieser Fassung geht aber m. E. klar und deutlich hervor, daß das BGB weder den objektiven

[1]) Mugdan, a. a. O. S. 1197.

noch den subjektiven Standpunkt vertritt. Das BGB stellt vielmehr die beiden Elemente »Interesse« und »wirklichen (oder mutmaßlichen) Willen« als gleichwertig nebeneinander; es verfolgt ein kumulierendes Prinzip[1]). Und dies konnte es nur, indem es aus dem Interessebegriff, der an sich sowohl ein objektives wie subjektives Element in sich birgt, — denn was ich will, ist ebensogut mein »Interesse«, und mag es das dummste Zeug sein, wie das, was mir (objektiv) von Vorteil ist —, das subjektive Element, den Willen, eliminierte. Und dadurch sichert es seinen Bestimmungen, im Gegensatz zu den gemeinrechtlichen Theorien, ihre praktische Verwendbarkeit.

Trotzdem wird von einigen[2]) auch heute noch die subjektive Theorie für das BGB verteidigt. Sie fassen den Begriff des Interesses nicht objektiv, sondern wesentlich subjektiv. Der Interessebegriff umfaßt, wie wir gesehen haben, an sich auch ein subjektives Element; aber dann hätte die Aufstellung des Interesses gegenüber auch dem mutmaßlichen Willen gar keinen Sinn;[3]) das Gesetz würde eine Tautologie enthalten und diesen Vorwurf darf man dem BGB m. E ohne gerechtfertigten Grund nicht machen. Daß »Interesse« nach dem Sprachgebrauch etwas »rein Individuelles« sei, ist kein Beweis gegen die objektive Auffassung unseres Interessebegriffes, da individuell und objektiv keine unausgleichlichen Gegensätze sind. Auch beim Schaden verwendet das BGB das Wort Interesse, um die objektiv eingetretene Differenz beim geschädigten Vermögen zn bezeichnen, ohne Rücksicht auf die subjektiven Liebhabereien des Geschädigten.[3])

Wir kommen also zu dem Ergebnis, daß das BGB weder einer objektiven noch einer subjektiven, sondern vielmehr einer vermittelnden, kumulierenden Theorie folgt; daß »Interesse« das objektive Moment uud der »wirkliche

[1]) cf. Brückmann, a. a O S. 114 ff., insbesondere S. 117.

[2]) cf. z. B. Ernst, Arch f. ziv. Pr. Bd. 96, S. 440 ff. und die Angaben bei ihm S. 441—442.

[3]) Oertmann, a. a. O. S. 729.

(oder mutmaßliche) Wille« das subjektive Moment bildet, und beide, wenn überhaupt möglich, nebeneinander in Betracht zu ziehen sind.

Wie weit dies möglich ist, wollen wir im folgenden untersuchen.

Zunächst muß die Übernahme der Geschäftsführung dem Interesse des Geschäftsherrn entsprechen; es muß das »objektive« Moment erfüllt sein. Dies trifft nach Dernburg[1]) zu, wenn die Geschäftsführung der Lage, den sozialen Verhältnissen des Geschäftsherrn nach den allgemeinen Anschauungen der bürgerlichen Gesellschaft entspricht; also wenn die Besorgung nach der objektiven Anschauung des Verkehrs für den Geschäftsherrn nützlich ist, wobei selbstverständlich die persönlichen Verhältnisse des Geschäftsherrn zu berücksichtigen sind.[2]) Hieraus folgt, daß die Geschäftsführung tatsächlich dem Interesse des Geschäftsherrn entsprechen muß. Hat der Geschäftsführer irrtümlicherweise angenommen, daß dies der Fall sei, so kann er natürlich aus § 683 Ansprüche nicht herleiten,[2]) weil eben die eine Voraussetzung fehlt.

Außer diesem objektiven Moment ist aber auch der wirkliche oder mutmaßliche Wille des Geschäftsherrn in Betracht zu ziehen. Meist wird wohl das objektive Interesse auch dem Willen des Geschäftsherrn entsprechen; aber nicht allemal; »Interesse und Wille können auch diametral auseinanderstreben.«[3]) Endemann[4]) führt aus: »Es gilt, daß jeder seine Angelegenheiten einrichten darf, wie er will, und daß die freie und sogar willkürliche Selbstbestimmung auch nicht durch den »hülfreichen« Eingriff eines anderen beeinträchtigt werden darf«; und sollte dieser Wille auch noch so unsinnig sein.[5]) So kann es z. B. dem objektiven Interesse des Geschäftsherrn nach dem vernünftigen Urteil Unbefangener entsprechen, ein baufälliges Haus auszubessern.

[1]) Dernburg, BGB. a. a. O. S. 381.
[2]) Planck, a. a. O. S. 693; S. 694.
[3]) Brückmann, a. a. O. S. 132.
[4]) Endemann, a. a. O. S. 808.
[5]) cf. auch Schollmeyer, a. a. O. S. 128.

Der Geschäftsherr will aber aus Eigensinn, Aberglauben oder sonst einem Grunde das Haus verfallen lassen. Umgekehrt kann aber auch die Ausbesserung den Interessen des Geschäftsherrn nicht entsprechen, weil z. B. der Abbruch des Hauses behördlicherseits angeordnet ist, während der Geschäftsherr das Haus unter allen Umständen bis zum Abbruch im besten Zustande erhalten will.[1]) Ja auch dann, wenn dem Geschäftsherrn die Mittel offenbar fehlten, um das an sich seinem Interesse entsprechende Geschäft auszuführen, ist zu leugnen, daß dessen Inangriffnahme seinem Interesse entsprach.[2]) Das BGB konnte mit ruhigem Gewissen das Erfordernis des subjektiven Moments, des Willens, in so krasser Form aufstellen, da es in dem objektiven Interesse ein starkes Gegengewicht geschaffen hatte.

Während sich nun das Interesse nach objektiven Merkmalen leicht feststellen läßt, ist die Rücksichtnahme auf den Willen des Geschäftsherrn, weil schwerer festzustellen, für den Geschäftsführer weit lästiger.

Das Gesetz verlangt Berücksichtigung des »wirklichen oder mutmaßlichen Willens« des Geschäftsherrn. Ohne weiteres ist nun nicht klar, in welchem Stärkeverhältnis der wirkliche Wille zu dem mutmaßlichen steht. Nach Isay[3]) stehen der wirkliche und der mutmaßliche Wille des dominus hier gleichwertig nebeneinander; nach ihm genügt also die Übereinstimmung zwischen Interesse und mutmaßlichem Willen. Doch können wir Isay mit seiner Ansicht nicht Recht geben. Vielmehr nehmen wir mit der herrschenden Ansicht an, daß der wirkliche Wille nach Sinn und Wortlaut des § 683 an erster Stelle maßgebend ist.[4]) Das Wirkliche schließt das Mutmaßliche aus. Ob nun der wirkliche Wille dem Interesse des Geschäftsherrn entspricht, darauf kommt

[1]) Dieses Beispiel ist Planck, a. a. O. S. 693, 694 entnommen.

[2]) Dernburg, BGB. a. a. O. S. 381.

[3]) Isay, a. a. O. S. 136.

[4]) cf. Oertmann, a. a. O. S. 729; Endemann, a. a. O. S. 808; Cosack, a. a. O. S. 567; Brückmann, a. a. O. S. 134; Ernst, a. a. O. S. 457.

es nicht an. Die bloße Tatsache, daß der wirkliche Wille der Geschäftsführung entgegensteht, ist vollkommen ausreichend, um den Anspruch des Geschäftsführers aus § 683 hinfällig zu machen. Deshalb wird es die erste Pflicht jeden Geschäftsführers sein müssen, den wirklichen Willen des Herrn zu erforschen.

Unter wirklichem Willen ist der in Wirklichkeit vorhandene und als solcher tatsächlich feststellbare Wille des Geschäftsherrn zu verstehen.[1]) Der Geschäftsführer wird alle äußeren Umstände in Betracht zu ziehen haben, und zwar mit peinlichster Sorgfalt, die einen Rückschluß auf den wirklichen Willen gestatten, insbesondere wird er sich auch davon zu überzeugen haben, ob der Geschäftsherr auch gerade ihn als Geschäftsführer will. Hierbei wird natürlich in erster Linie ein irgendwie geäußerter Wille in Frage kommen.

Erst wenn sich der wirkliche Wille in der einen oder anderen Richtung nicht festsellen läßt, kommt es subsidiär auf den mutmaßlichen Willen des Geschäftsherrn an. Was unter »mutmaßlichem« Willen zu verstehen ist, ist nicht ganz unbestritten. Nach einigen[2]) ist es der Wille, den der Geschäftsführer unter Anwendung der nötigen Sorgfalt als beim Herrn vorhanden annehmen durfte. Nach anderen[2]) der vom Richter zu ermittelnde, zu mutmaßende Wille, sodaß der Geschäftsführer sich auf einen entschuldbaren Irrtum nicht berufen kann. M. E. ist im letzten Sinne zu entscheiden; und zwar ergibt sich dies aus dem Wortlaut des § 683 wie aus dem des § 678, wo zwischen dem, was mutmaßlicher Wille ist, und dem, was der Geschäftsführer als solchen erkennen mußte, scharf geschieden wird.[3])

Für die Bestimmung des mutmaßlichen Willens kommt nun zunächst das Interesse des Geschäftsherrn in Betracht, Denn was einem objektiv von Vorteil ist, das wird man in

[1]) Streber, a. a. O. S. 11, 12.

[2]) cf. Planck, a. a. O. S. 694. cf. Ernst, a. a. O. S. 443, 444 und die dortigen Angaben; Streber a. a. O. S. 16.

[3]) Oertmann, a. a. O. S. 729.

den meisten Fällen auch vermutlich wollen. Das berechtigt aber noch keineswegs dazu, wie es manche Vertreter des subjektiven Interessebegriffs wollen, Interesse und mutmaßlichen Willen zusammenfallen zu lassen. So sagt Isay[1]: »Der mutmaßliche Wille des dominus ist regelmäßig nichts Subjektives, sondern etwas Objektives, nämlich das objektiv verstandene Interesse.« Anders mit Recht Ernst,[2] der betont, daß der mutmaßliche Wille zwar bis zum Nachweise abweichender Umstände aus dem Interesse gefolgert werden könne, aber keineswegs mit ihm identisch sei.

Doch ist das Interesse allein nicht genügend für die Bestimmung des mutmaßlichen Willens. Man muß auch die Liebhabereien, Gewohnheiten, Neigungen usw. des Geschäftsherrn berücksichtigen. Läßt sich aus diesen Gesichtspunkten heraus nichts für einen so oder so beschaffenen Willen des dominus entnehmen, so bleibt allerdings das Interesse die alleinige Quelle für die Bestimmung des mutmaßlichen Willens des Geschäftsherrn.[3]

Während nun bei der Übernahme der Geschäftsführung vom Geschäftsführer das objektive wie subjektive Moment in gleicher Weise zu berücksichtigen ist, muß bei der Ausführung des übernommenen Geschäfts das Interesse vorwiegend berücksichtigt werden.[4] Denn nach § 677 hat der Geschäftsführer das Geschäft so zu führen, wie das Interesse des Geschäftsherrn mit Rücksicht auf dessen wirklichen oder mutmaßlichen Willen es erfordert; im Gegensatz zu § 683, wo es heißt: Interesse und wirklichen oder mutmaßlichen Willen; daraus geht m. E. deutlich hervor, daß in erster Linie das Interesse in Betracht zu ziehen ist, wobei der Geschäftsführer den wirklichen oder mutmaßlichen Willen des Geschäftsherrn nur mit berücksichtigen soll. Bei der Ausführung des Geschäfts erscheint also das Willens-

[1]) Isay, a. a. O. S. 136.

[2]) Ernst, a. a. O. S. 477; Oertmann, a. a. O. S. 729.

[3]) vgl. auch Oertmann, a. a. a. O. S. 722.

[4]) Oertmann weitergehend auch für § 683, a. a. O. S. 722. Streber a. a. O. S. 21.

moment insofern abgeschwächt, als es genügt, wenn der Geschäftsführer den Willen des Geschäftsherrn im allgemeinen zur Richtschnur seiner Tätigkeit nimmt, ohne daß jeder einzelne Betätigungsakt bei der Geschäftsführung ganz genau so vorgenommen werden müßte, wie es der Geschäftsherr gewollt hätte.[1]) Im übrigen ist der leitende Gesichtspunkt für die Erfüllung der Verbindlichkeit aus § 242 BGB zu entnehmen.[2]) Hiernach ist auch die Frage zu entscheiden, ob der Geschäftsführer von der einmal übernommenen Geschäftsführung zurücktreten darf. Die Motive bemerken hierzu mit Recht: »Droht aus dem Zurücktreten für den Geschäftsherrn ein Schaden, welcher nicht entstanden sein würde, wenn der Geschäftsführer sich nicht eingemischt hätte, so ist der letztere zur Vermeidung der Haftung wegen Schadensersatzes die Geschäftsbesorgung fortzusetzen verpflichtet. Im übrigen ist eine besondere Verpflichtung zur Fortsetzung der Geschäftsbesorgung nicht anzuerkennen; jede hierauf abzielende Bestimmung wäre bedenklich.[3]) Die Haftung des Geschäftsführers bei der Ausführung des Geschäfts bestimmt sich nach den allgemeinen Vorschriften der §§ 276 ff. BGB. Er haftet für jede Nachlässigkeit, also auch für die der Gehilfen. Das ergibt sich einmal aus dem Schweigen des Gesetzes und ferner per argumentum a contrario aus den Ausnahmefällen der §§ 678 und 680: im § 680 wird er einer milderen, im § 678 einer schärferen Haftung unterworfen. Es bleibt also für die übrigen Fälle die normale Haftung bestehen.[4])

Stehen Wille und Interesse in unausgleichlichem Gegensatze, so wird der Geschäftsführer daher am klügsten seine Hände aus dem Spiel lassen; denn die bloße Tatsache, daß

[1]) Streber, a. a. O. S. 21.

[2]) Planck, a. a. O. S. 687.

[3]) Mugdan, a. a. O. S. 480; a. A. Isay, der im Gegensatz zur herrschenden Meinung allgemein eine Vollendungspflicht annimmt, a. a. O. S. 125. Vgl. auch noch RG. Bd. 63, S. 280 ff.

[4]) cf. Oertmann, a. a. O. S. 722; Planck, a. a. O. S. 687; Dernburg, BGB. a. a. O. S. 383; Fischer-Henle, 1906 Anm. 6 zu § 677.

der wirkliche Wille des Geschäftsherrn der Geschäftsführung entgegensteht, genügt, wie wir gesehen haben, um den Anspruch des Geschäftsführers aus § 683 auszuschließen.

In einem Falle gestattet das BGB aber einen solchen der Geschäftsführung entgegenstehenden Willen des Herrn überhaupt außer Betracht zu lassen, und zwar im Falle des § 679. Wenn nämlich ohne die Geschäftsführung eine Pflicht des Geschäftsherrn, deren Erfüllung im öffentlichen Interesse liegt, oder eine gesetzliche Unterhaltspflicht nicht rechtzeitig erfüllt werden würde, so soll der Geschäftsführer nicht verpflichtet sein, sich zu vergewissern, ob der Geschäftsherr auch wirklich mit seinem Tätigwerden für ihn einverstanden ist. Schon im römischen Recht wurde dem Geschäftsführer, der eine Leiche beigesetzt hatte, selbst dann eine Klage, die actio funeraria, gegeben, wenn er gegen ein ausdrückliches Verbot des dominus gehandelt hatte.[1])

Gemeinrechtlich ist diese Bestimmung auf alle Fälle erweitert, wo die Geschäftsführung »aus dringenden Pietätsrücksichten oder gar in Erfüllung einer öffentlichen Pflicht«[2]) geschah. Dem ist auch das BGB gefolgt. Ein entgegenstehender Wille des Geschäftsherrn soll also dann rechtlich unbeachtet bleiben, wenn der Geschäftsführer die im öffentlichen Interesse gebotene Erfüllung einer Pflicht des Geschäftsherrn bewirkt. Abgesehen vom öffentlichen Interesse muß es sich also um eine Pflicht des Geschäftsherrn zur Vornahme des Geschäfts handeln. Ob die Pflicht eine öffentlich auferlegte ist oder nicht, ist gleichgültig; es genügt, daß im konkreten Falle die Erfüllung der Pflicht im öffentlichen Interesse liegt.[3]) Es gehören hierher z. B. die Pflicht zur Zahlung von Steuern, Instandhaltung von Gebäuden, Stempelung von Verträgen, Verpflegung der Einquartierung.[4]) Danach würde auch ein Arzt, der einem Hilfsbedürftigen ärztliche Behandlung gewährt, das Honorar vom unterstützungspflichtigen Ortsarmen-

[1]) l. 14 § 11, l. 32 pr. D, de religiosis 11,7.
[2]) Dernburg. Pand. II § 122, S. 328.
[3]) cf. Oertmann, a. a. O. S. 725.
[4]) Seuffert's Archiv Bd. 3 Nr. 51; Bd. 14 Nr. 94.

verband aus der Geschäftsführung ohne Auftrag beanspruchen können, und zwar ohne Rücksicht auf den etwa entgegenstehenden Willen des Ortsarmenverbandes, da es sich um eine Pflicht desselben handelt, deren Erfüllung im öffentlichen Interesse liegt.[1]) Mit Oertmann (S. 725) ist ferner anzunehmen, daß es nicht erforderlich ist, daß die Pflicht bereits gültig festgestellt war; man muß es für genügend erachten, wenn sie nur provisorisch, vielleicht unter Vorbehalt von Rechtsmitteln, dem Geschäftsherrn auferlegt war (Motive S. 865); denn die Zahlung der auferlegten Steuern z. B. liegt trotz der offenstehenden Berufung nichts desto weniger zunächst im öffentlichen Interesse.

Soweit es sich um die Erfüllung einer gesetzlichen Unterhaltspflicht handelt — eine bloß vertragsmäßige Unterhaltspflicht könnte höchstens ausnahmsweise, wenn ihre Erfüllung zufällig im öffentlichen Interesse liegt, die Anwendung des § 679 rechtfertigen[2]) — wird ein besonderes öffentliches Interesse nicht erfordert. Die Einmischung ist aber immer nur gestattet, wenn die dem Geschäftsherrn obliegende Pflicht ohne die Geschäftsführung nicht oder nicht rechtzeitg erfüllt werden würde; andererseits aber muß es genügen, daß der Pflichtige zur Zeit der Fälligkeit die Pflicht faktisch noch nicht erfüllt hat. Zur vorzeitigen Leistung ist m. E. der Geschäftsführer nach § 679 selbst dann nicht berechtigt, wenn der Geschäftsherr ernstlich erklärt, am Fälligkeitstage nicht zahlen zu wollen.[2])

Es wird nun zwar im § 679 der Kreis der zulässigen Geschäftsführung dahin erweitert, daß ein entgegenstehender Wille des Geschäftsherrn hier nicht in Betracht kommt, aber von dem objektiven Erfordernis der Geschäftsführung, dem Interesse, wird keineswegs Abstand genommen[3]). Ebenso Cosack[4]), der ausführt, »das subjektive Element brauche

[1]) Pos. m. Schr. 1908, 98.
[2]) Oertmann, a. a. O. S. 725.
[3]) Brückmann, a. a. O. S. 156/157; Stelzner, a. a. O. S. 33/34.
[4]) Cosack, a. a. O. S. 567.

nicht gewahrt zu sein, wohl aber das objektive«. Und zwar ergibt sich diese Schlußfolgerung daraus, daß das BGB. im § 677 allgemein für die Geschäftsführung ohne Auftrag Berücksichtigung von Interesse und Willen verlangt, im § 679 aber nur vom Willen absieht.

Abgesehen von diesem § 679 läßt sich aber noch ein Fall konstruieren, wo von einer Berücksichtigung des subjektiven Momentes, des Willens, abgesehen werden muß und nur das objektive Interesse in Betracht zu ziehen ist.

Es ist nämlich nicht erforderlich, daß der Geschäftsherr voll geschäftsfähig ist. Dies ist unzweifelhaft für die Fälle, in denen es auf einen irgendwie beschaffenen Willen des Herrn überhaupt nicht ankommt, wie im § 679; aber auch in den übrigen Fällen ist m. E. Geschäftsfähigkeit des dominus nicht erforderlich[1]). Das Gesetz verlangt doch nur, daß das Geschäft für einen »anderen« besorgt ist, und ein anderer im Sinne des Gesetzes ist doch sicherlich auch ein Geschäftsunfähiger[2]). Das gemeine Recht vertrat allerdings einen entgegengesetzten Standpunkt[3]). Der erste Entwurf § 756[4]) enthielt eine Bestimmung hierüber, daß die Geschäftsunfähigkeit oder beschränkte Geschäftsfähigkeit des dominus einflußlos sei auf die Entstehung der obligatio negotii gesti. Doch ist dieser Satz als selbstverständlich gestrichen, da die Verpflichtungen des Geschäftsherrn ohne Rücksicht auf seinen Willen vom Gesetz an einen bestimmten Tatsbestand geknüpft sind. Und dies ist auch die herrschende Meinung.[5])

In diesem Falle ist nun ein rechtlich erheblicher Wille nicht der Entstehungsgrund für die Verpflichtung des Herrn; denn ein nicht voll Geschäftsfähiger hat nur dort einen rechtlich erheblichen Willen, wo das Gesetz es ihm konkret ge-

[1]) Oertmann, a. a. O. S. 728; Brückmann a. a. O. S. 146 ff.

[2]) Brückmann, a. a. O. S. 150.

[3]) cf. Windscheid II § 430, N. 24 S. 863; Dernburg, Pand. II § 122 Anm. 33.

[4]) Mugdan, a. a. O. S. 183.

[5]) Planck, a. a. O. S. 693; Dernburg, BGB. a. a. O. S. 384 Anm. 4.

stattet, wie z. B. in den §§ 106 ff. insbesondere § 107 BGB;[1]) für die Geschäftsführung ohne Auftrag existieren aber solche Ausnahmebestimmungen nicht. Es fehlt also in diesen Fällen das eine der beiden zu erfüllenden Erfordernisse auf seiten des Geschäftsherrn, der wirkliche Wille des dominus; und wo überhaupt kein rechtlich erheblicher Wille vorhanden ist, da dürfte man auch nicht mit einem mutmaßlichen Willen operieren können.[2]) Es kann also nur das andere der beiden Erfordernisse, das Interesse, allein in Frage kommen.

Hat nun aber der nicht voll Geschäftsfähige einen gesetzlichen Vertreter, so kommt es allerdings auf dessen Willen an, neben dem Interesse des Vertretenen. Denn der gesetzliche Vertreter ist ja im Grunde genommen der Vertreter im Willen[3]); das von diesem unabhängige Interesse kann er auch gar nicht vertreten, da dieses untrennbar mit der Person jedes Menschen verknüpft ist.[3])

Der Geschäftsführer hat das übernommene Geschäft so zu führen, wie das Interesse des Geschäftsherrn mit Rücksicht auf dessen wirklichen oder mutmaßlichen Willen es erfordert. Daraus geht hervor, daß es, da das Gesetz auch nicht einmal andeutungsweise von einem Nutzen der Geschäftsführung für den Herrn spricht, auf einen positiven Erfolg der Geschäftsführung nicht ankommt. Dies war auch die im gemeinen Recht herrschende Ansicht; das negotium brauchte nicht »utiliter gestum« zu sein, sondern es genügte, wenn es »utiliter coeptum« war; dann konnte der gestor mit der actio neg. gest. contraria Anerkennung dessen, was er für den dominus tat, und Ersatz seiner Aufwendungen verlangen, auch wenn der Erfolg ein nicht glücklicher gewesen oder durch Zufall vereitelt worden sein sollte.[4]) Und diese Regelung kehrt im BGB wieder. Damit der Geschäfts-

[1]) vgl. Brückmann, a. a. O. S. 150.

[2]) cf. Oertmann, a. a. O. S. 728; anders in seiner 1. Auflage.

[3]) Brückmann, a. a. O. S. 149; ebenso Cosack, a. a. O. S. 564; Oertmann, a. a. O. S. 728.

[4]) cf. l. 10 § 1 D. h. t.

führer im vollen Umfang für seine Aufwendungen Ersatz verlangen kann, kommt es also nicht darauf an, ob das Vermögen des Geschäftsherrn um den vollen Betrag der Aufwendungen vermehrt ist.[1])

Wir wollen noch kurz auf die Beweislast eingehen. Daß die Voraussetzungen des § 683 erfüllt sind, hat auf alle Fälle der Geschäftsführer zu beweisen; denn als rechtsbegründende Tatsachen bilden sie die Klagvoraussetzungen für die Geltendmachung eines Anspruchs aus § 683; und diese sind nach allgemeinen Regeln vom Kläger zu beweisen.[2]) Der Geschäftsführer muß also sowohl beweisen, daß die Geschäftsführung dem objektiven Interesse, als auch, daß sie dem wirklichen oder mutmaßlichen Willen des Geschäftsherrn entspricht. Nun darf man aber im allgemeinen annehmen, wie wir gesehen haben, daß eine das Interesse des Geschäftsherrn wahrende Geschäftsbesorgung auch seinem vermutlichen Willen entspricht; daher wird es genügen, wenn der Geschäftsführer die Wahrung des Interesses nachweist; wozu wieder der Nachweis solcher Tatsachen genügt, aus denen an sich auf das Interesse zu schließen ist. Demgegenüber hat der Beklagte, der Geschäftsherr, zu beweisen, daß die an sich seinem Interesse entsprechende Geschäftsführung im konkreten Fall aus irgend welchen besonderen Umständen für ihn interesselos war oder seinem wirklichen Willen nicht entsprach. So erscheint nämlich die durch Zahlung fremder Schulden eingetretene Befreiung von der Schuld als eine objektive Verbesserung der Rechtslage des Schuldners;[3]) wenn der Schuldner aber beweist, daß er sich durch Aufrechnung befreien konnte, so liegt die Barzahlung nicht in seinem Interesse, »weil die Kompensation ein leichterer Zahlungsmodus ist als die Zahlung mit barem Gelde.«[4])

[1]) cf. RG., Recht 1908, II. Ziff. 2155.

[2]) cf. Planck, a. a. O. S. 694; Oertmann, a. a. O. S. 730, 731; Staudinger-Engelmann, Erl. IV zu § 683 S. 1076; Crome, § 255 A. 10.

[3]) Seuffert's Archiv, Bd. 15 Nr. 25; Bd. 24 Nr. 96; Bd. 27 Nr 27, Bd. 35 Nr. 75.

[4]) Seuffert's Archiv, Bd. 37, Nr. 112 S. 162.

Ebenfalls würden dem Geschäftsführer keine Ersatzansprüche zugebilligt werden können, wenn der Schuldner nachweist, daß die Zahlung seiner liquiden Schuld gegen sein Verbot geschah.

§ 6.

Der „animus recipiendi." (§ 685 BGB).

Liegen die Voraussetzungen des § 683 vor, so sollte man annehmen, der Geschäftsführer könne auf alle Fälle die ihm gegebenen Ansprüche geltend machen. Doch kennt das Gesetz einen Fall, bei dessen Vorliegen es überhaupt jeglichen Anspruch trotz vorliegender Geschäftsführung abschneidet. Im § 685 heißt es nämlich:

»Dem Geschäftsführer steht ein Anspruch nicht zu, wenn er nicht die Absicht hatte, von dem Geschäftsherrn Ersatz zu verlangen.«

Diese Regelung entspricht im wesentlichen dem gemeinen Recht. Das gemeine Recht verlangte, daß der Geschäftsführer bei der Ausführung des Geschäfts die Absicht hatte, den dominus sich verbindlich zu machen, daß er den sog. animus recipiendi hatte.[1]) Gesetzgeberisch lassen sich für das Verhältnis des animus recipiendi zur actio contraria auf den ersten Blick zwei Möglichkeiten denken.[2]) Man könnte die Absicht, Ersatz zu verlangen, als Voraussetzung der Geschäftsführungsgegenklage oder die Absicht, keinen Ersatz zu verlangen, als eine ihrer Geltendmachung entgegenstehende, rechtshindernde Tatsache auffassen. Hier liegt allemal eine positive Willensrichtung des Geschäftsführers vor, mag sie nun darauf gerichtet sein, Ersatz zu verlangen, oder keinen Ersatz zu verlangen. Nun gibt es außerdem aber noch einen neutralen, indifferenten Willenszustand, einen Zustand, in welchem der Wille des Geschäftsführers bezüglich der Ersatzforderung gänzlich ruht, in

[1]) vgl. Glück, Pand. Bd. V. S. 345 ff.
[2]) cf. Brückmann, a. a. O. S. 96 ff.

welchem der Wille des Gestors über sich selbst bei der Gestion nicht klar geworden ist; der Geschäftsführer will weder Ersatz verlangen noch auch auf denselben verzichten.

Faßt man den Willen, Ersatz zu verlangen, als Klagevoraussetzung auf, so müßte der gestor zur Begründung seiner Ansprüche diese seine Absicht auch behaupten und beweisen. Ihm würde also eine Klage nicht gegeben werden können, wenn er nicht die Absicht gehabt hat, Ersatz zu beanspruchen, wie auch, wenn sein Wille indifferent gewesen ist. Dieses Erfordernis könnte allerdings dadurch entbehrlich gemacht werden, daß das Vorhandensein des animus recipiendi präsumiert würde. Dann müßte nämlich der dominus das Fehlen der Absicht beweisen, worunter auf diejenigen Fälle, in denen der Wille des Geschäftsführers bezüglich des Ersatzanspruchs indifferent war, zu zählen sind.

Faßt man dagegen den Willen, keinen Ersatz zu verlangen, als rechtshindernde Tatsache auf, so ist die actio contraria an sich begründet sowohl beim Vorhandensein des Ersatzwillens als auch bei der neutralen, indifferenten Willenslage. Der Dominus müßte beweisen, das der gestor nicht die Absicht gehabt habe, Ersatz zu beanspruchen.

Noch eine dritte Möglichkeit, die Beweislast zu regeln, ließe sich denken, wo weder stets der gestor noch stets der dominus beweispflichtig wäre, indem man nämlich in jedem einzelnen Falle die Umstände entscheiden ließe. Spräche mehr für das Fehlen des Ersatzwillens bezw. für die neutrale Willenslage, so müßte der gestor das Vorhandensein des animus recipiendi beweisen; spräche dagegen mehr für das Vorhandensein des Ersatzwillens, so müßte der dominus das Nichtvorhandensein der Ersatzabsicht oder den bezüglich des Ersatzanspruchs indifferenten Willen des Gestors beweisen.

Da die Quellen kein klares Bild geben, — m. E. fassen sie eher den Verpflichtungswillen als Voraussetzung der actio contraria auf[1]) —, so haben alle drei Möglichkeiten

[1]) So Krumm, I. Verhältnis des § 685 Abs. 1 BGB. zu dem bisherigen gemeinrechtlichen Rechtszustande S. 21—23. a. A. Brückmann, a. a. O. S. 97.

der Verteilung der Beweislast im gemeinen Recht ihre Vertreter gefunden.

Glück[1]) vertritt die Ansicht, daß der Geschäftsführer den animus recipiendi beweisen müsse.

Andere Schriftsteller so z. B. Busch sind der Meinung, der animus recipiendi werde präsumiert und demnach habe der dominus das Fehlen desselben nachzuweisen. Busch[2]) sagt: »Da in der Regel der Animus donandi nicht vermutet wird, so müssen die Gesetze, welche Ausnahmen von jener Regel aufstellen, streng erklärt, auch, sobald es zweifelhaft ist, ob jemand animo repetendi oder donandi gegeben habe, das erstere präsumiert werden«.

Ebenfalls Köllner[3]) spricht sich für die Präsumtion des animus recipiendi aus, während z. B. Savigny[4]) die Beweislast nach den Umständen verteilt wissen will. Doch dürfte die Präsumtionstheorie die meisten Vertreter gefunden haben.

Diesen Zwiespalt hatte das BGB zu lösen. Dadurch daß sich das BGB. negativ ausdrückt: »dem Geschäftsführer steht ein Anspruch nicht zu, wenn er nicht die Absicht hatte, vom Geschäftsherrn Ersatz zu verlangen«, hat es eine Regelung der Beweislast beabsichtigt.

Wenn Krumm[5]) meint, das BGB hätte sich ebenso gut positiv ausdrücken und sagen können, dem Geschäftsführer stehe ein Anspruch nur dann zu, wenn er die Absicht hatte, von dem Geschäftsherrn Ersatz zu verlangen; wenn es aber negativ bestimme, dem Geschäftsführer stehe ein Anspruch nicht zu, wenn er nicht die Absicht hatte, Ersatz zu verlangen, so bezwecke es hiermit eine Verschiebung der Beweislast, so können wir dem keineswegs zustimmen.

---

[1]) Glück, Pand. Bd. 28, S. 293 ff.

[2]) Busch, in Elvers Themis Bd. II S. 505 ff. S. 510.

[3]) Köllner, a. a. O. S. 69 ff.; so auch Seuffert, Arch. Bd. II. Nr. 43; und v. Meyerfeldt, Die Lehre von den Schenkungen Bd. I S. 218.

[4]) Savigny, System IV S. 85 ff.; ebenfalls Schäffer, in d. Zeitschrift f. Zivilrecht u. Prozeß, N. F. 7. S. 1 ff.

[5]) Krumm, a. a. O. S. 32.

Im Gegenteil sind wir der Ansicht, daß das BGB im Abs. 1 des § 685 den Hauptfall normiert und dadurch, daß es den Dominus als Beweispflichtigen hinstellt, das Fehlen der Absicht als rechtshindernde Tatsache dartut.

In dieser Ansicht werden wir durch die Motive[1]) gestützt, die zum § 754 sagen: »Der Entwurf stellt die Absicht, den Geschäftsherrn zu verpflichten (animus obligandi, recipiendi) nicht als Voraussetzung der actio contraria auf, spricht vielmehr nur aus, daß dem Geschäftsführer der entsprechende Anspruch nicht zustehe, wenn er ohne den Willen gehandelt habe, den Anspruch zu verlangen. Der Beweis, daß der Geschäftsführer ohne diesen Willen handelte, liegt hiernach für die Regel dem Geschäftsherrn ob«.

Schollmeyer[2]) faßt dagegen den animus recipiendi als Voraussetzung der actio contraria auf, »doch wird diese Absicht regelmäßig vermutet«; sodaß demnach der animus recipiendi dennoch nicht vom Kläger bewiesen zu werden braucht.

Die herrschende Meinung, so z. B. Planck, Matthiaß, Dernburg, Engelmann (bei Staudinger)[3]) vertritt jedoch unseren Standpunkt. Oertmann[4]) sagt ausdrücklich:

»nirgends ist indes die Absicht, Ersatz zu verlangen, zum positiven Erfordernis, sondern nur die entgegengesetzte Absicht, der animus donandi, zum negativen Erfordernis der Ansprüche des Geschäftsführers erhoben; — diese stellt ein rechtshinderndes Moment dar, das der auf Ersatz in Anspruch genommene Geschäftsherr beweisen muß«.

Eine Verschiebung der Beweislast findet sich allerdings im Abs. 2, wo es heißt:

»Gewähren Eltern oder Voreltern ihren Abkömmlingen oder diese jenen Unterhalt, so ist im Zweifel anzunehmen,

[1]) Mugdan, a. a. O. S. 482.

[2]) Schollmeyer, a. a. O. S. 129. ebenso Pfordten, Das neue Deutsche Zivilrecht, Allg. Teil. S. 194.

[3]) Planck, a. a. O. S. 696; Matthiaß, a. a. O. S. 687; Dernburg, BGB. a. a. O. S. 385; Staudinger-Engelmann, a. a. O. S. 1078.

[4]) Oertmann, a. a. O. S. 732.

daß die Absicht fehlt, von dem Empfänger Ersatz zu verlangen«.

Hier muß der gestor den animus recipiendi beweisen, und zwar aus guten Gründen. Die Motive[1]) äußern sich folgendermaßen:

»Die im Abs. 2 § 745 enthaltene Interpretationsregel entspricht dem zwischen Eltern bezw. Voreltern und deren Abkömmlingen bestehenden besonderen Verhältnisse, wonach davon auszugehen ist, daß die ohne in concreto bestehende Verpflichtung oder über die Verpflichtung hinaus erfolgte Unterhaltsgewährung lediglich mit Rücksicht auf das besondere, durch die nahe Verwandtschaft begründete Verhältnis in Erfüllung einer Liebespflicht, also ohne den animus recipiendi, geschah. Sie dient in angemessener Weise zugleich zu möglichster Verhütung gehässiger Prozesse zwischen den betreffenden nahen Verwandten«.

Freilich folgt, wenn der Vater dem minderjährigen Abkömmling aus eigenen Mitteln Unterhalt gewährt, aus der Absicht, Ersatz zu verlangen, noch nicht das Recht auf Ersatz; denn er erfüllt damit nur seine eigene, ihm nach §§ 1602 Abs. 2, 1603 BGB obliegende Pflicht.[2])

Es bleibt hier noch die Frage zu erörtern, als was sich das Rechtsverhältnis qualifiziert, wenn die Absicht, Ersatz zu verlangen fehlt. Es bleibt nichts übrig, als dem Verhalten des Geschäftsführers die Absicht einer Schenkung an den Geschäftsherrn unterzulegen.[3]) Wollte der Geschäftsführer allerdings nur demjenigen gegenüber auf Ersatz verzichten, den er irrtümlicherweise für den Geschäftsherrn hielt, so wird sein Anspruch gegen den wirklichen Geschäftsherrn nicht dadurch ausgeschlossen.[4]) Eine Schenkung zu konstruieren macht nun keine Schwierigkeiten, wenn die Geschäftsführung eine Zuwendung aus dem Vermögen des Geschäftsführers enthält, durch die der Geschäftsherr bereichert wird, und wenn der Geschäftsherr die Zuwendung

[1]) Mugdan, a. a. O. S. 483.
[2]) Bad. Rpr. 1908, 303.
[3]) Oertmann, a. a. O. S. 732; Planck, a. a. O. S. 696.
[4]) Planck, a. a. O. S. 697.

als eine unentgeltliche annimmt. Dann sind die Erfordernisse des § 516 Abs. 1 BGB erfüllt. Schwieriger gestaltet sich das Rechtsverhältnis, wenn der Geschäftsherr mit der Annahme nicht einverstanden ist, da nach § 516 Abs. 1 eine Schenkung Einverständnis beider Teile voraussetzt. Dernburg[1]) ist der Ansicht, daß dies vom BGB nicht als Schenkung aufgefaßt wird; die Annahme solcher Freigebigkeit durch den Geschäftsherrn also nicht verlangt wird. Doch darf man m. E. den § 516 nicht auf diese Weise umgehen und die Schenkung in Form einer Geschäftsführung aufdrängen[2]). Ist die Zuwendung aber ohne den Willen des Geschäftsherrn erfolgt, was bei der Geschäftführung ohne Auftrag ja regelmäßig der Fall ist, so ist der Geschäftsführer nach § 516 Abs. 2 BGB berechtigt, unter Bestimmung einer angemessenen Frist den Geschäftsherrn zur Erklärung über die Annahme aufzufordern. Hat der Geschäftsherr die Ablehnung nicht vor dem Ablauf der Frist erklärt, so gilt die Schenkung als angenommen. Im Falle der rechtzeitigen Ablehnung kann der Geschäftsführer trotz des Mangels der Absicht, Ersatz zu verlangen, die Herausgabe des Zugewendeten nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung (§§ 812 ff. BGB) fordern. Doch auch unabhängig vom § 516 Abs. 2 muß man m. E. dem Geschäftsführer einen Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung gewähren. Denn er hat durch seine nach § 685 Abs. 1 regreßlose Geschäftsführung unter Umständen den Herrn bereichert, und diese Bereicherung ist im Falle der Ablehnung sine causa erfolgt.

Im Falle der Annahme steht dieses Recht dem Geschäftsführer nur zu, wenn er nach § 530 zum Widerruf der Schenkung wegen groben Undanks berechtigt ist und der Widerruf erfolgt ist (§ 531). Ersatz seiner Aufwendungen kann der Geschäftsführer nicht verlangen, soweit Schenkung vorliegt; sonstige Ansprüche auf Schadensersatz bleiben unberührt.[3])

[1]) Dernburg, a. a. O. S. 385.
[2]) Oertmann, a. a. O. S. 732.
[3]) cf. Isay, a. a. O. S. 159.

§ 7.

Die Ansprüche des Geschäftsführers ohne Auftrag.

Entspricht nun die Übernahme der Geschäftsführung gemäß § 683 dem Interesse und dem (wirklichen oder mutmaßlichen) Willen des Geschäftsherrn, so kann der Geschäftsführer — vorausgesetzt natürlich, daß die allgemeinen Begriffsmerkmale der Geschäftsführung ohne Auftrag gegeben sind — wie ein Beauftragter Ersatz seiner Aufwendungen verlangen (§ 683 BGB). Hiermit verweist das Gesetz auf den § 670, die analogen Bestimmungen des Auftrags. »Der Geschäftsherr steht wie ein Auftraggeber da, der Geschäftsführer wie ein Beauftragter; wenn auch ein Auftragsverhältnis nicht vorliegt«;[1]) ein solches darf m. E. auch nicht fingiert werden. Danach kann der Geschäftsführer solche Aufwendungen ersetzt verlangen, die er den Umständen nach für erforderlich halten durfte; und zwar, wie wir gesehen haben, ohne Rücksicht darauf, ob der Erfolg ein günstiger oder ungünstiger war. Was den Inhalt der Ansprüche betrifft, so besteht ein wesentlicher Unterschied zwischen dem gemeinen und dem heutigen Recht nicht,[2])

Zu den Aufwendungen gehören natürlich in erster Linie die baren Geldauslagen; aber auch der Verbrauch und die Veräußerung von Sachen und Gegenständen ist dazuzurechnen. Ist Geld aufgewendet worden, so ist der Geschäftsherr gemäß § 256 BGB verpflichtet, den aufgewendeten Betrag von der Zeit der Aufwendung an zu verzinsen; ebenso den als Ersatz des Wertes zu zahlenden Betrag, wenn andere Gegenstände als Geld aufgewendet worden sind. Ferner können die Aufwendungen auch in der Eingehung von Verbindlichkeiten bestehen. In solchem Falle kann der Geschäftsführer gemäß § 257 BGB Befreiung von der Verbindlichkeit verlangen; ist allerdings die Verbindlichkeit noch

[1]) Matthiaß, a. a. O. S. 688; cf. auch Crome, a. a. O. S. 639 A. 60.

[2]) vgl. für das gemeine Recht: Windscheid-Kipp, a. a. O. S. 858 ff.; Dernburg, Pand. Bd. II S. 329, 330; Brinz, a. a. O. S. 642/643, Kritz, a. a. O. S. 352/353; Glück, Bd. V S. 376; Unterholzner, S. 608 ff. Sintenis, S. 583 ff.; Thur, Actio de in rem verso S. 38 ff.

nicht fällig, so kann ihm der Ersatzpflichtige, statt ihn zu befreien, Sicherheit leisten. Diese Bestimmungen finden wir auch schon in den Quellen. So heißt es z. B. in l. 2 D. h. t: » . . . . justum est, si utiliter gessit, praestari ei quidquid eo nomine vel abest ei, vel afuturum est . . . .« und » . . . quidquid utiliter in rem eius impenderit, vel etiam ipse se in re absentis alicui obligaverit . . .«; ferner z. B. in l. 37 D. de usuris 22, 1: »et in contraria negotiorum gestorum actione usurae veniunt, si mutuatus sum pecuniam . . .«.

Ob der Geschäftsführer auch eventuell Vergütung für geleistete Arbeit zu verlangen berechtigt ist, ist bestritten. Da die Frage für das gemeine wie heutige Recht, die gleiche ist, wollen wir uns auf die Erörterung der Frage nach dem BGB beschränken.[1]) Für den Auftrag — durch die Worte »wie ein Beauftragter« im § 683 ist ja auf die entsprechenden Vorschriften über den Auftrag verwiesen — müssen wir die Frage verneinen; denn es liegt im Wesen des Auftrags, daß der Beauftragte das übernommene Geschäft unentgeltlich besorgen soll.[2]) Allerdings, wenn der Beauftragte im Zusammenhange mit der Ausführung des Auftrags Handlungen vorgenommen hat, für die er seinem Berufe entsprechend eine Vergütung zu erhalten pflegt, so wird er für diese besonderen Leistungen Ersatz verlangen können. So ist z. B. ein Rechtsanwalt, welcher die Verwaltung eines fremden Vermögens übernommen hat, regelmäßig berechtigt, für Prozesse, die er in Durchführung der Verwaltung führt,[3]) die gesetzlichen Gebühren zu berechnen.

Für die Geschäftsführung ohne Auftrag sind nun aber m. E. die Ansprüche wegen Aufwendungen von weiterem Umfange als bei dem unentgeltlichen Auftrage. Beim Auftrag ist Vergütung für die auftragmäßig geleisteten Dienste

[1]) Im gemeinen Recht erklärten sich ausdrücklich dagegen u. a. Glück, Bd. V S. 376; Seuffert, Arch. Bd. VI Nr. 35; Sturm, Grundprinzip S. 18.

[2]) cf. Seuffert, Arch. Bd. 61 S. 52 ff.; Oertmann, a. a. O. S. 704 Bem. 2.

[3]) Planck, a. a. O. S. 666, 667.

nicht zu leisten, da deren Unentgeltlichkeit vereinbart war; bei der auftraglosen Geschäftsführung fehlt aber solche Vereinbarung.[1]) Es kommt also nunmehr darauf an, ob man die aufgewendete Arbeit unter den Begriff der »Aufwendungen« bringen kann. M. E. ist die Frage zu bejahen. Man muß schlechthin als Aufwendung die Leistung von Diensten ansehen, welche der Geschäftsführer nur gegen Entgelt zu leisten pflegt. Es kann also ein Arzt für auftraglose gerechtfertigte ärztliche Hülfeleistung verkehrsübliches Honorar liquidieren.[1]) Für die Vergütung des Lohnes spricht sich auch die herrschende Meinung aus.[2]) Es kommt nicht darauf an, wie Cosack sagt,[3]) daß der Geschäftsführer durch seine Geschäftsführung dem Geschäftsherrn eine Ausgabe erspart, sich selbst dagegen um einen anderweiten Verdienst gebracht hat, daß ihm also etwas entgangen sein müsse,[4]) daß z. B. der ein plötzlich erkranktes Tier behandelnde Tierarzt sonst von dem Herrn des kranken Tieres zugezogen worden wäre. Auch Oertmann[5]) ist der Ansicht, »daß man scheiden müsse, ob der Geschäftsführer durch die geschäftsführende Tätigkeit sich um einen anderenfalls durch seine Arbeit in der fraglichen Zeit sicher oder doch vermutlich zu erlangenden Verdienst bringe. In der bewußten Abstandnahme davon liege dann zweifellos eine Aufwendung. Das sei vor allem der Fall, wenn er seine sonstige Berufstätigkeit mit entsprechender Wirkung unterbräche (z. B. als Arzt, Anwalt), einerlei ob die geschäftsführende Tätigkeit selbst der unterbrochenen beruflichen gleichartig sei oder nicht. Wer z. B. bei einem Brande Waren rette, mache Aufwendungen nicht nur, wenn er übrigens Transportarbeiter, sondern auch, wenn er z. B. Schreiber oder Flickschneider sei, und sie seien ihm zu ersetzen, wenn nicht wegen ihrer Höhe die Geschäftsführung aufhöre, den Anforderungen des § 683 zu genügen.«

[1]) Dernburg, BGB. a. a. O. S. 385.

[2]) Wenn auch nicht alle unter dem Gesichtspunkt der darin liegenden Aufwendung. Gegen den Lohnanspruch: Lotmar, Arbeitsvertrag. S. 122 Anm. 1; S. 137; Staudinger-Engelmann, § 677 Erl. Nr. 2 a S. 1075.

[3]) Cosack, a. a. O. S. 568 sub 5.

[4]) Ruhstrat, Arch. Bd. 64 S. 125/126.

[5]) Oertmann, a. a. O. S. 730.

Bei solcher Frageformulierung würde es sich immer um eine quaestio facti handeln, sodaß man eventuell zu einer Verweigerung der verkehrsüblichen Vergütung gelangen könnte und müßte, wenn sich z. B. herausstellt, daß der Herr zur Behandlung seiner kranken Tiere einen anderen ganz bestimmten Tierarzt holen zu pflegt. Es kommt vielmehr darauf an, worauf der Geschäftsbesorgungswille des Geschäftsführers gerichtet war.[1])

Man darf wohl ohne weiteres annehmen, daß der Geschäftsbesorgungswille z. B. des Anwalts, des Arztes darauf ging, das Geschäft nur gegen die übliche Bezahlung zu besorgen. Seine Tätigkeit ist die Quelle seines Erwerbes; sie schafft ihm Existenz und Vermögen; [1]) mag er sie gerufen oder nötigenfalls ungerufen vorübergehend in den Dienst eines anderen stellen. Wenn Planck [2]) insbesondere von der Hülfeleistung des Arztes sagt, möglicherweise könne aber die Ausnahme des § 685 zutreffen, so halten wir ihm nur entgegen, was Kohler [3]) mit Recht sagt: »Am allerwenigsten ist die Entäußerung zu vermuten bei Dienstleistungen einer Person, welche derartige Dienste gegen Entgelt gewerblich zu leisten pflegt; man denke an die Dienstleistungen des Kaufmanns, des Architekten, des Arztes, des Advokaten.« Ja das Gesetz selbst unterstützt uns in unserer Ansicht für einen konkreten Fall. Im § 1835 BGB heißt es nämlich: »Als Aufwendungen gelten auch solche Dienste des Vormundes oder Gegenvormundes, die zu seinem Gewerbe oder seinem Berufe gehören.« Wir können nicht einsehen, weshalb dieser Gedanke nicht auch für jede andere Geschäftsführung Geltung haben sollte.[4])

Wir wollen jetzt noch die Frage erörten, ob der Geschäftsherr verpflichtet ist, dem Geschäftsführer auch den Schaden zu ersetzen, den dieser bei Ausführung des Geschäfts erleidet. Das BGB enthält hierüber keine ausdrücklichen Bestimmungen. Ebenfalls enthält das römische Recht

[1]) Brückmann, a. a. O. S. 184.
[2]) Planck, a. a. O. S. 694.
[3]) Kohler, a. a. O. S. 110. 111.
[4]) So auch Isay, a. a. O. S. 145.

nichts darüber, ob der dominus für Schaden hafte, den der gestor bei der Ausführung des Geschäfts erleidet. Da nun hinsichtlich des Ersatzes der Aufwendungen der § 683 auf die Vorschriften über den Auftrag verweist, so könnten wir vielleicht dort eine Lösung finden. Doch auch beim Auftrag finden wir keine Bestimmungen über den Ersatz des Schadens, welchen der Beauftragte bei der Ausführung des Auftrags erleidet. Dagegen finden wir im römischen Recht betreffend die Schadenshaftung des Mandanten zwei Stellen, die für die Entscheidung unserer Frage von größter Wichtigkeit sind, an welche auch die Erörterungen im gemeinen Recht anknüpfen. Da nun der § 683 auf die Vorschriften über den Auftrag verweist, so wollen und müssen wir zunächst die Frage erörtern, ob der Auftraggeber für den Schaden, der den Beauftragten trifft, aufzukommen hat.

Paulus entscheidet in l. 26 § 6 D. mand. 17,1: »Non omnia quae impensurus non fuit, mandatori imputabit, veluti quod spoliatus sit a latronibus, aut naufragio res amiserit, vel languore suo suorumque apprehensus quaedam erogaverit; nam haec magis casibus, quam mandato imputari oportet«,

während Africanus in l. 61 (63) § 5 D. de furt. 47,2 sagt:

»Quod vero ad mandati actionem attinet, dubitare se ait, num aeque dicendum sit, omni modo damnum praestari debere. Et quidem hoc amplius, quam in superioribus causis servandum, ut, etiamsi ignoraverit is, qui certum hominem emi mandaverit, furem esse, nihilominus tamen damnum decidere cogatur: justissime enim procuratorem allegare non fuisse se id damnum passurum, si id mandatum non suscepisset. Idque evidentius in causa depositi apparere; nam licet alioquin aequum videatur, non oportere cuiquam plus damni per servum evenire, quam quanti ipse servus sit, multo tamen aequius esse, nemini officium suum, quod eius, cum quo contraxerit, non etiam sui commodi causa susceperit, damnosum esse. Et sicut in superioribus contractibus, venditione, locatione, pignore, dolum eius, qui sciens reticuerit, puniendum esse dictum sit, ita in his culpam

eorum, quorum causa contrahatur, ipsis potius damnosam esse debere; nam certe mandantis culpam esse, qui talem servum emi sibi mandaverit, et similiter eius, qui deponat, quod non fuerit diligentior circa monendum, qualem servum deponeret.«

Bei Vergleichung dieser beiden Quellenstellen finden wir auf den ersten Blick einen Widerspruch der dort ausgesprochenen Ansichten, und zwar nicht nur einen scheinbaren[1]). Während Paulus die Haftung des Mandanten schlechtweg verneint, entscheidet Africanus dahin, daß der Mandant, der den Auftrag gegeben hat, einen bestimmten Sklaven für ihn zu kaufen, für den von demselben an dem Mandatar verübten Diebstahl einzustehen hat, auch wenn er sich in Unkenntnis über die Eigenschaft des Sklaven befunden hat.

Eine Zeit lang haben sich die römischen Juristen, insbesondere die Glossatoren über die Paulus-Stelle hinweggesetzt und die Auffassung des Africanus aus Billigkeitsrücksichten vorgezogen, doch ging die überwiegende Ansicht der Pandektenliteratur zu der Auffassung des Paulus zurück[2]) und verneinte die Haftung des Mandanten für zufällige Schäden seines Mandatars. Diese Meinung ist die herrschende gewesen. Doch ist diese herrschende Auffassung in neuerer Zeit vielfach angegriffen worden; so insbesondere von Ihering, Unger und Eisele[3]), welche hervorheben, daß bei der Entscheidung der Frage, ob der Auftraggeber dem Beauftragten den Schaden ersetzen muß, den er bei der Ausführung des Auftrags erleidet, die Billigkeit ausschlaggebend sei.[4])

[1]) cf. Unger, Handeln auf fremde Gefahr, Iher. Jahrb. Bd. 33 S. 326, a. A. Isay, a. a. O. S. 150; cf. auch Maschke, Arch. f. ziv Pr. Bd. 85 S. 123—133, insbesondere S. 132, 133.

[2]) vgl. Unger, a. a. O. S. 326 Anm. 73; Hanau, die Voraussetzungen, unter welchen nach gemeinem Rechte der Mandant für den Schaden haftet, Berlin 1894 S. 19 ff.; Kekule, Schadensersatzpflicht des Mandanten, Berlin 1894 S. 22 ff.

[3]) Ihering, Jahrb. f. Dogm. Bd. 4 S. 37, 38. Unger, a. a. O. S. 329. Eisele, Arch. f. ziv. Pr. Bd. 84 S. 319 ff.

[4]) vgl. hierzu Oertmann, a. a. O. S. 704.

Ebenso wie das französische Recht,[1]) das einen bejahenden, und das Allgemeine Landrecht[2]), das einen vermittelnden Standpunkt einnimmt, hätte bei der Fülle der verschiedenen Ansichten und der daraus sich ergebenden Unsicherheit des Rchtszustandes auch das BGB eine Beantwortung dieser Frage geben können, wenn auch in verneinendem Sinne. Das BGB hat, wie die Motive sagen, von einer besonderen Vorschrift Abstand genommen, weil »wegen Verschiedenheit der in Betracht kommenden Fälle eine Entscheidung durch das Gesetz nicht gegeben werden könne.«[3]) Bei der Beratung in der Kommission gab man sich aber mit dieser Begründung nicht zufrieden und beantragte nach dem Vorbilde des art. 93 des alten HGB zu dem § 595 als Absatz 4 folgenden Zusatz :[4])

»Der Auftraggeber ist verpflichtet, dem Beauftragten für Verluste, welche dieser unmittelbar durch die Geschäftsbesorgung oder aus Gefahren erleidet, die von derselben unzertrennlich sind, Ersatz zu leisten.«

Dieser Antrag wurde jedoch zugunsten eines gestellten Unterantrags, der in sachlicher Beziehung im wesentlichen sich mit dem ersten deckte, zurückgezogen. Nach diesem Unterantrag sollte der Auftraggeber haften »für Verluste, welche der Beauftragte aus Gefahren erleidet, die nach dem (bestimmten) Inhalte des Auftrags von der Geschäftsbesorgung unzertrennlich sind.« Die Kommission[5]) hat jedoch diesen Unterantrag mit folgender Begründung abgelehnt:

»Der Auffassung des Lebens entspreche es keineswegs, daß der Beauftragte deswegen, weil er im Auftrage und an Stelle des Auftraggebers die Ausrichtung eines Geschäfts unentgeltlich übernehme, unter allen Umständen den Ersatz

[1]) Code civil art. 2000: Le mandant doit aussi indemniser le mandataire des pertes que celuici à essuyées à l'occasion de sa gestion, sans imprudence qui lui soit imputable.

[2]) A. L. R. I 13 § 81 (Koch, Allg. Landrecht S. 167); vgl. Hanau, a. a. O. und Kekule, a. a. O.

[3]) Mugdan, a. a. O. S. 302.

[4]) Mugdan, a. a. O. S. 951—953.

[5]) Mugdan, a. a. O. S. 952, 953.

des durch die Geschäftsbesorgung verursachten Schadens verlangen dürfe. Werde der Beauftragte z. B. bei Ausführung des Auftrags durch einen herabstürzenden Dachziegel oder infolge eines Eisenbahnunfalls verletzt, so sei es mit dem allgemeinen Rechtsbewußtsein schwer vereinbar, den Auftraggeber zum Ersatz des Schadens zu verpflichten. Die Entscheidung der Frage werde wesentlich davon abhängen, ob und inwieweit die Vertragschließenden den erlittenen Schaden als voraussehbar oder wenigstens als denkbar in den Kreis ihrer Rechnung gezogen hätten. Handle es sich um einen Schaden, an den beide Teile gedacht hätten oder der Beauftragte allein, so entspreche es der Verkehrsauffassung, dem Beauftragten, weil er trotz Kenntnis der ihm möglicherweise drohenden Gefahr den Auftrag übernommen habe, auch das Risiko des übernommenen Auftrags aufzuerlegen. Habe dagegen nur der Auftraggeber gewußt, daß der Beauftragte sich bei Ausführung des Auftrags möglicherweise gewissen Gefahren aussetze, und habe er es unterlassen, den Beauftragten hierauf aufmerksam zu machen, so verletze er eine Pflicht, welche ihm der nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte auszulegende Vertrag auferlege, und die Rechtsprechung werde nicht anstehen, den Auftraggeber zum Ersatze des durch diese Gefahren verursachten Schadens für verpflichtet zu erklären.

Einer besonderen gesetzlichen Bestimmung bedürfe es aber auch deshalb nicht, weil die allgemeinen Grundsätze über Ersatz von Aufwendungen in vielen Fällen zu dem Ziele führen würden, welches der abgelehnte Antrag verfolge. Denn wer einen Auftrag übernehme, stelle gewissermaßen seine ganze Persönlichkeit zum Zwecke der Erfüllung des Auftrags in den Dienst des Auftraggebers; erleide er hierbei einen Schaden an seiner Gesundheit, so opfere er ein Rechtsgut auf, und für dieses Opfer könne er, soweit dies mögiich sei, ebenso gut Ersatz verlangen, wie für gewisse Vermögensaufwendungen. Man könne auch nicht sagen, es handle sich in solchem Falle nicht um Aufwendungen, weil die Einbuße, die der Beauftragte erleide, nicht vorsätzlich von ihm herbeigeführt worden sei; die Handlung, mit der die Gefahr verbunden sei, habe

der Beauftragte vorsätzlich vorgenommen und es sei für seinen Regreßanspruch der Umstand gleichgültig, daß er die Gefahr nicht gekannt habe. Verneine man die Anwendung der Kategorie der Aufwendungen auf die in Rede stehenden Ansprüche, so ziehe man dem Begriffe der Aufwendung zu enge Grenzen.«

Das Gesetz hat also eine Regelung dieser Frage ausdrücklich abgelehnt. Es bleibt somit die Beantwortung der Frage, ob der Auftraggeber für den Schaden des Beauftragten aufkommen muß, der Praxis und Wissenschaft überlassen. Daher ist es nicht zu verwundern, daß diese Frage in der neuen Literatur alsbald äußerst streitig geworden ist.

Die herrschende Meinung[1]) hat sich für die Verneinung einer Haftung des Auftraggebers, von dessen Verschulden natürlich abgesehen, ausgesprochen. So sagt u. a. Matthiaß:[2]) »Die Schadensersatzpflicht trifft den Auftraggeber, wenn den Beauftragten aus der Geschäftsführung ein Schaden trifft, nicht schlechthin; selbstverständlich haftet der Auftraggeber, wenn er den Schaden z. B. durch nachlässige Instruktion (des Beauftragten) verursacht hat«.

Andere Schriftsteller bejahen[3]) wiederum die Haftung des Auftraggebers. Dernburg[4]) z. B. sagt: »Die Entscheidung ist darauf zu gründen, was Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte erfordern (§ 242). Hiernach wird der Auftraggeber dem Beauftragten für solche Zufälle einzustehen haben, welche sich unmittelbar aus der Ausführung des Auftrags ergeben z. B. für den Schaden durch einen Eisenbahnunfall, welcher sich bei der zur Ausführung des Auftrags erforderlichen Reise ereignet. Für Unfälle, die sich bloß anknüpfen, wird er nicht einzustehen haben«.

[1]) z. B. Endemann, a. a. O. § 173 Anm. 21 9. Aufl. 1903; Staudinger-Engelmann, a. a. O. § 683, sub 2 c S. 1075; Fischer-Henle zu § 670 A. 3; Planck, a. a. O. S. 668, 669. Schollmeyer, a. a. O. S. 123

[2]) Matthiaß, a. a. O. S. 609.

[3]) z. B. Brückmann, a. a. O. S. 186 ff.; Crome. a. a. O. § 252 Anm. 51.

[4]) Dernburg, BGB., a. a. O. § 297 III S. 374, 375.

Wir können uns keiner von diesen Ansichten völlig anschließen, sondern nehmen mit Oertmann[1]) einen vermittelnden Standpunkt ein. Man muß m. E. unterscheiden, ob der Schaden voraussehbar war oder nicht. War der Schaden voraussehbar, so kommt es darauf an, ob der Auftraggeber oder der Beauftragte allein oder ob sie beide die Gefahr kannten. Kennt der Auftraggeber allein die mit dem Auftrage verbundene Gefahr, so haftet er, wenn er sie dem Beauftragten nicht mitteilte, nach allgemeinen Grundsätzen. Denn darin ist eine Schuld des Auftraggebers zu erblicken, daß er es unterließ, den Beauftragten auf eine Gefahr aufmerksam zu machen, die er selbst voraussah oder voraussehen mußte. So auch die herrschende Meinung[2]). Sah dagegen nur allein der Beauftragte die Gefahr voraus, so hätte er den ihm übertragenen Auftrag ablehnen können, ja er hätte es sogar müssen. Tat er es nicht, so muß man annehmen, daß er damit einverstanden war, die Gefahr auf sich zu nehmen, oder es liegt eben in der Nichtablehnung des Auftrags sein Verschulden. Es liegt also kein Grund vor, in diesem Fall den Auftraggeber haften zu lassen[3]).

Haben dagegen beide, der Auftraggeber sowohl wie der Beauftragte die Gefahr gekannt oder war der Schaden wenigstens für beide Teile voraussehbar, dann soll nach Matthiaß[3]) derAuftraggeber nicht haften. Nach Oertmann[4]) soll, wenn unter Berücksichtigung der Auslegungsgrundsätze des § 157 BGB. nicht festzustellen ist, ob der eine oder andere Teil das Risiko ausdrücklich oder stillschweigend übernommen hat, man dahin vermuten dürfen, daß wegen der Unentgeltlichkeit des Auftrags die Gefahr am ehesten vom Auftraggeber als dem Hauptinteressenten übernommen sei. M. E. müssen hier, wie auch Planck[5]) annimmt, die Grundsätze des § 254 BGB. vom konkurrierenden Verschulden

[1]) Oertmann, a. a. O. S. 705/706; ebenso Enneccerus, a. a. O. S. 632—633.

[2]) cf. Matthiaß, a. a. O. S. 609; Isay, a. a. O. S. 157.

[3]) So auch Matthiaß, a. a. O. S. 609.

[4]) Oertmann, a. a. O. S. 705.

[5]) Planck, a. a. O. S. 668.

zur Anwendung kommen, sodaß der Schaden je nach dem Grade des Verschuldens jedes von beiden, unter beide Teile verteilt wird. Nun liegt aber m. E. ferner in der Übertragung eines gefährlichen Auftrags, wenn auch der Beauftragte die mit der Ausführung des Auftrags verbundene Gefahr gekannt hat, auf Seiten des Auftraggebers das Hauptverschulden, da die ganze Sache von ihm ausgeht, und trifft ihn daher der Hauptschaden, was auch nicht mehr als recht und billig ist, da der Auftrag doch in seinem Interesse, zu seinem Vorteil ausgeführt ist,

Jetzt sind noch die bedeutend schwierigeren Fälle in Betracht zu ziehen, wo der Schaden unverschuldet nicht vorausgesehen worden, auch garnicht voraussehbar war. Matthiaß[1]) verneint rundweg eine Haftung des Auftraggebers, wenn die Voraussehbarkeit ganz fortfällt, wenn z. B. bei einem Eisenbahnunglück der Beauftragte verletzt wird. Auch Planck[2]) ist der Ansicht, daß, wenn der Schaden durch reinen Zufall, wenn auch in ursächlichem Zusammenhange mit der Ausführung des Auftrags, entstanden ist, ein Ersatzanspruch sich nicht konstruieren lasse. Unter den Gesichtspunkt der zum Zweck der Ausführung des Auftrags gemachten Aufwendungen lasse sich der Schaden nicht bringen. Der Beauftragte rechne zwar mit der Möglichkeit, daß ein Schaden eintrete, er setze seine Person oder ein anderes Rechtsgut bei der Ausführung des Auftrags aufs Spiel, aber der Schaden selbst trete wider seinen Willen ein. Er könne also die etwa eingetretene Verminderung seines Vermögens nicht als direkt beabsichtigte Verwendung in Rechnung stellen. Ebensowenig ließe sich ein Ersatzanspruch aus allgemeinen Grundsätzen ableiten. Was den letzten Punkt anbetrifft, so können wir uns mit Planck einverstanden erklären. Im übrigen sind wir anderer Meinung.

Daß zwischen Schaden und Aufwendung ein Unterschied besteht, können wir nicht leugnen. Auch das BGB. erkennt diesen Unterschied an, was sich aus der durchaus

---

[1]) Matthiaß, a. a. O, S. 610.
[2]) Planck, a. a. O. S. 668, 669.

verschiedenen Regelung des Schadensersatz- und des Aufwendungsanspruchs, §§ 249 ff. gegenüber §§ 256 ff. ergibt. Isay[1]) definiert die beiden Begriffe dahin, daß Schaden und Aufwendungen zwar beide Vermögensänderungen herbeiführen, welche in der Aufopferung von Geld oder Geldeswert bestehen; daß bei Aufwendungen aber die Vermögensverminderungen auf dem freien Willen des Geschäftsführers beruhen, dagegen bei dem erlittenen Schaden auf einem von seinem Willen unabhängigen Ereignisse.

So richtig diese Unterscheidung auch sein mag, darf man doch nicht vergessen, daß der Unterschied zwischen Aufwendung und Schaden möglicherweise ganz verschwinden kann[2]). Die Übernahme eines Auftrags bringt sehr häufig von vornherein seiner Natur nach gewisse Gefahren mit einer solchen Selbstverständlichkeit oder Wahrscheinlichkeit mit sich, daß man die eingetretenen Schäden ohne weiteres als Konsequenzen der Auftragsübernahme ansieht. Diese Schäden hängen wie gewöhnliche Aufwendungen mit der Ausführung des Auftrags unmittelbar[3]) und unzertrennlich zusammen. Zwar hat der Beauftragte die Schäden im einzelnen nicht allemal freiwillig übernommen, konnte er vielleicht auch gar nicht, da er sie nicht einmal genau kannte, aber er hat die Gefahren, aus denen sie entstanden, als untrennbaren Bestandteil der Auftragsübernahme mit übernommen. Er hat das unbestimmte Empfinden gehabt, daß ihm wohl Schäden erwachsen könnten, aber wie und welche, darüber ist er sich nicht klar geworden. »Solche Schäden erscheinen, da sie im Sinne des Verkehrs typisch berechenbar sind, als mit dem Auftrag innerlich zusammengehörig.«[4]) Nicht anders verhält es sich vielfach mit den Aufwendungen.

[1]) Isay, a. a. O. S. 144 und 149; vgl. auch v. Thur, Actio de in rem verso, S. 34 ff.

[2]) Oertmann, a. a. O. S. 705; vgl. die noch krasseren Ausführungen bei Brückmann, der im Resultat nicht sehr von uns abweicht, (a. a. O. S. 192 ff.).

[3]) So auch Dernburg, nur nicht unter dem Gesichtspunkt der darin liegenden Aufwendung (BGB., a. a. O. S. 375).

[4]) Oertmann, a. a. O. S. 705.

Wer in Erfüllung eines Auftrags eine Geschäftsreise für seine Firma unternimmt, hat sich sicherlich vorher klar gemacht, daß er für dies und das soundsoviel verwenden werde. Unterwegs aber wird er in einen Kreis von Geschäftsbekannten hineingezogen, sodaß er ohne den Zweck des Auftrags zu gefährden nicht fortreisen kann. Er braucht eine große Summe mehr als er vorausgesehen hat; er erleidet sozusagen einen Schaden. Aber auch dieser wird ihm ersetzt werden müssen; zwar hat er nur die Reise an sich gewollt, daß er auch noch außerordentliche Aufwendungen höchst unfreiwillig machen müßte, darüber ist er sich nicht klar geworden. Somit erscheinen also auch Aufwendungen im eigentlichen Sinne unter Umständen als zufällig und unvorhergesehen, und kann demnach der Auftraggeber ersatzpflichtig sein.[1])

Man kann wohl noch weiter gehen und, wie Oertmann[2]) es tut, die Folgen aller solcher Gefahren hierhin rechnen, die selbst erst mit der Ausführung des Auftrags, also noch nicht mit dessen Übernahme, untrennbar zusammenhängen.

Viele Schäden werden nun aber nicht unter den Aufwendungsbegriff fallen, da ihre Werte nicht für die Zwecke der Geschäftsführung bestimmungsgemäß verwendet erscheinen; der Zufall wird häufig nicht auf »ein inneres Moment der zweckdienlichen Ausführungshandlung« zurückzuführen sein.[3])

Bei der Feststellung, wieweit dies der Fall ist, muß m. E. dem richterlichen Ermessen ein erheblicher Spielraum gelassen werden; und der Zweck unserer Erörterungen kann nur der sein, dem Richter möglichst viele Direktiven an die Hand zu geben.[4])

Die für den Auftrag gefundenen Resultate finden nun aber m. E. gemäß § 683 BGB auf die Schadensersatzansprüche des Geschäftsführers o h n e Auftrag Anwendung. Wenn Oertmann

[1]) Brückmann, a. a. O. S. 197, 198.

[2]) Oertmann, a. a. O. S. 706.

[3]) cf. Brückmann, a. a. O. S. 211.

[4]) So auch Brückmann, a. a. O. S. 213, 214; zweifelnd Oertmann, a. a. O. S. 706.

die Anwendung in so allgemeinem Umfange verneint, so können wir ihm nicht beistimmen. Der Wortlaut des § 683 gibt keine Veranlassung für eine beschränkte Anwendung dieser Resultate auf die Geschäftsführung ohne Auftrag.

Liegen die Voraussetzungen des § 683 nicht vor, so ist der Geschäftsherr verpflichtet, dem Geschäftsführer alles, was er durch die Geschäftsführung erlangt, nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung herauszugeben (§ 684 BGB). Der Umfang der danach dem Geschäftsführer zustehenden Ansprüche ergibt sich aus den §§ 812 ff. BGB.

Doch in einem Falle kann der Geschäftsführer die ihm im § 683 gewährten Ansprüche geltend machen, ohne daß die besonderen Voraussetzungen des § 683 erfüllt sind, wenn nämlich der Geschäftsherr die Geschäftsführung genehmigt.

Im gemeinen Recht herrschte über das Wesen der Genehmigung Streit. Manche Schriftsteller[1]) behaupteten, daß durch die Genehmigung die negotiorum gestio in ein mandatum verwandelt werde, und gaben dem Geschäftsführer die actio mandati contraria; während andere[2]) für den Fall der Ratihabition ganz allgemein ihm die Wahl zwischen den Mandatsklagen und den Rechtsmitteln aus der Geschäftsführung ohne Auftrag zugestanden. Dieser gemeinrechtlichen Kontroverse bricht das BGB die Spitze ab, indem es die Genehmigung als einseitige, empfangsbedürftige (§ 182 Abs. 1), formlose (§ 182 Abs. 2), unwiderrufliche (cf. § 183) Willenserklärung behandelt. Daß die Genehmigung die Geschäftsführung ohne Auftrag nicht in einen Auftrag verwandeln kann, folgt schon daraus, daß ein bloß einseitiger Akt das bestehende eine nicht in ein ganz anderes Schuldverhältnis verwandeln kann.[3]) Die Genehmigung kann ausdrücklich oder stillschweigend erklärt werden. Stillschweigend kann

[1]) z. B. Unterholzner, a. a. O. S. 603.

[2]) z. B. v. Vangerow, a. a. O. § 664 S. 509, 510; vgl. auch Seuffert, Von der Lehre der Ratihabition, insbesondere S. 47, 48. cf. auch Dernburg, Pand. II § 122 A. 21.

[3]) Oertmann, a. a. O. S. 732.

die Genehmigung z. B. dadurch erklärt werden, daß der Geschäftsherr, ohne zu widersprechen, geschehen läßt, daß seine Geschäfte in seiner Gegenwart von einem anderen besorgt werden; oder dadurch, daß er die vom Geschäftsführer für ihn eingegangenen Verbindlichkeiten erfüllt. Die Frage, ob eine teilweise Genehmigung zulässig ist, erörtert das BGB nicht. Doch ist dieselbe m. E. zugunsten des Geschäftsherrn in allen denjenigen Fällen zu gestatten, in denen sie tatsächlich als möglich erscheint.. Dahin sprechen sich jedenfalls auch die Motive[1]) aus. Ist die Genehmigung erteilt, so treten dieselben Folgen ein wie im bisherigen Recht; dem Geschäftsführer stehen die im § 683 BGB gegebenen Ansprüche zu. Es erübrigt sich daher bei nachweislicher Genehmigung überhaupt jegliche Prüfung, ob den Erfordernissen des § 683 genügt ist, mithin ob ein »negotium utiliter coeptum« vorliegt.

Wir wollen noch kurz auf die Verjährung der actio neg. gest. contraria eingehen. Die Motive[2]) äußern sich darüber folgendermaßen:

»Die actio contraria unterliegt der ordentlichen (also dreißigjährigen) Verjährung auch dann, wenn jene darauf gestützt wird, daß der Geschäftsführer einen Gläubiger, dessen Anspruch gegen den Geschäftsherrn der kurzen Verjährung unterliegt, befriedigt habe. Ob und inwiefern jedoch in der Berichtigung einer Forderung, welche in naher Zeit verjährt sein würde, ein utiliter gestum liegt, muß der richterlichen Würdigung nach den konkreten Umständen überlassen bleiben.«

Das BGB selbst enthält über die Verjährung der actio contraria keine Bestimmungen. Doch daß es auf demselben Standpunkt wie die Motive steht, geht schon aus der Verweisung des § 683 auf die Vorschriften über den Auftrag hervor. Der Geschäftsführer kann »wie ein Beauftragter« Ersatz seiner Aufwendungen verlangen. Seine Ansprüche verjähren also ebenso wie die des Beauftragten in dreißig

[1]) Mugdan, a. a. O. S. 484, 485,
[2]) Mugdan, a. a. O. S. 483.

Jahren. Dahin spricht sich auch die herrschende Meinung[1]) aus. Und zwar unterliegt der Anspruch des auftraglosen Geschäftsführers auch dann der gewöhnlichen, dreißigjährigen Verjährung, wenn dieser eine Schuld des Geschäftsherrn, die der kurzen Verjährung nach den §§ 196, 197 unterliegt, getilgt hat, vorausgesetzt natürlich, daß die Erfordernisse des § 683 erfüllt sind, also ein »negotium utiliter coeptum« vorliegt.

[1]) a. A. Josef in Gruchot's Beiträgen, Bd. 42 S. 4 ff.; Mantey, ebenda S. 545 ff; nach ihnen entscheidet die objektive Natur des Anspruchs allein, die nicht dadurch berührt wird, daß der Anspruch aus dem Gesichtspunkt der auftraglosen Geschäftsführung oder der Bereicherung erhoben wird, vgl. gegen sie mit Recht; Lasker, a. a. O. S. 82 ff.

Inhaltsangabe.

		Seite
	I. Teil	1—16
§ 1.	Die geschichtliche Grundlage der negotiorum gestio.	
	1. Das Edikt als historischer Ausgangspunkt der neg. gestio	
	2. Das Edikt als praktische Grundlage der neg. gestio.	
	II. Teil (Dogmatischer Teil)	16—90
	A. Die Begriffsmerkmale der Geschäftsführung ohne Auftrag	
§ 2.	1) Begriff der »Geschäftsbesorgung« (Das reale Element)	16—29
§ 3.	2) »Für einen anderen« muß das Geschäft besorgt sein (Das personale Element)	29—45
§ 4.	3) »Ohne Auftrag oder sonstige Berechtigung« muß das Geschäft besorgt sein (Das negative Kriterium)	45—53
	B. Die besonderen Voraussetzungen für die Geltendmachung von Ansprüchen seitens des Geschäftsführers ohne Auftrag.	
§ 5.	Die Übernahme der Geschäftsführung muß	
	1. dem »Interesse«	
und	2. dem »wirklichen oder mutmaßlichen Willen« des Geschäftsherrn entsprechen	53—69
§ 6.	Die Bedeutung des § 685 BGB., des sog. »animus recipiendi«.	69—74
	C. Die Ansprüche des Geschäftsführers ohne Auftrag (actio contraria)	75—90
§ 7.	1) Wenn die Voraussetzungen des § 683 BGB vorliegen:	
	a) Ersatz seiner Aufwendungen;	75—78
	b) Ersatz des Schadens?	78—88
	2) wenn die Voraussetzungen des § 683 BGB nicht vorliegen.	88
	3) im Falle der Genehmigung der Geschäftsführung seitens des Geschäftsherrn	88—89
	4) Die Verjährung der actio contraria	89—90